

WANDLUNGEN IN DER INTERPRETATION DES § 1 GWB
DURCH DIE RECHTSPRECHUNG

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
REINHARD GAERTNER
Assessor in Wiesbaden

1984





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554412_0056

Wandlungen in der Interpretation des § 1 GWB
durch die Rechtsprechung

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
Reinhard Gaertner
Assessor in Wiesbaden
1984

Erstberichterstatter: Professor Dr. jur. Arndt Teichmann

Zweitberichterstatter: Professor Dr. jur. Alfons Kraft

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 1984

Meiner Mutter

In Dankbarkeit gewidmet

I

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Einleitung	1
B. Die Entwicklung der Rechtsprechung	3
I. Der Unternehmensbegriff	3
1. Allgemeine Voraussetzungen	3
2. Die Behandlung der öffentlichen Hand	7
3. Die Behandlung der freien Berufe	9
4. Zusammenfassung	16
II. Der Vertragsbegriff	17
1. Die frühe Rechtsprechung	17
2. Die Rechtsprechung im Teerfarbenfall	20
3. Die jüngere Rechtsprechung	25
4. Zusammenfassung	30
III. Der gemeinsame Zweck	32
1. Die frühe Rechtsprechung	32
a. Produktions-, Gebiets- und Kundenab-	
sprachen	32
b. Submissionsabsprachen	39
c. Unternehmensveräußerungsverträge	43
d. Weitere Austauschvereinbarungen	48
e. Gesellschaftsverträge	49
2. Die jüngere Rechtsprechung	52
a. Die Zuwendung zu einer wirtschaftlichen	
Betrachtungsweise am Beispiel der Stern-	
verträge	52
b. Produktions-, Gebiets- und Kundenab-	
sprachen	55
c. Unternehmensveräußerungsverträge	76
d. Die Behandlung wettbewerbsbeschränkender	
Vergleiche	85
3. Zusammenfassung	88
IV. Der Zusammenhang zwischen Vertrag und Wettbe-	
werbsbeschränkung	90
1. Die Gegenstandstheorie	90

II

Seite

2. Verschiedene Spielarten der Gegenstandstheorie	93
a. Die extreme Gegenstandstheorie	93
b. Die gemäßigte Gegenstandstheorie	93
c. Die funktionelle Gegenstandstheorie	94
3. Kritik an der Gegenstandstheorie	94
4. Die Folgetheorie	95
5. Verschiedene Spielarten der Folgetheorie	97
a. Die uneingeschränkte Folgetheorie	97
b. Die eingeschränkte Folgetheorie	98
6. Kritik an der Folgetheorie	98
7. Die Zwecktheorie	99
8. Kritik an der Zwecktheorie	100
9. Stellung der Rechtsprechung im Theorienstreit	101
a. Die Rechtsprechung zu den Marktinformationsverfahren	101
b. Die Rechtsprechung zu den Torsosyndikaten	103
V. Die Beschränkung des Wettbewerbs	110
1. Der Wettbewerb	110
2. Die Wettbewerbsbeschränkung	114
3. Die Rechtsprechung	115
a. Allgemeine Voraussetzungen und Begrenzungen	115
b. Grenzfälle	117
aa. Der potentielle Wettbewerb	117
bb. Beeinträchtigung des Marktprozesses als Folge - vertragliche Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beteiligten?	125
4. Zusammenfassung	140
VI. Die Eignung zur Beeinflussung der Markterhältnisse	142
1. Ware oder gewerbliche Leistung - Beeinflussung der Erzeugung	143

III

	Seite
2. Markt - Marktverhältnisse	146
3. Der Grad der Beeinflussung	149
a. Stellung der Rechtsprechung	149
b. Analyse und Kritik	155
aa. Das neoliberales Wettbewerbsmodell	155
bb. Der funktionsfähige Wettbewerb und § 5b GWB	157
4. Zusammenfassung	168
C. Zusammenfassung	170
D. Vorschlag zu einer Harmonisierung des kartell- rechtlichen Verständnisse	175
I. Problemstellung und bisherige Lösungsansätze	175
1. Der Ansatz	175
2. Die Auffassung von Karsten Schmidt	176
3. Lösungsansätze in der Literatur	179
II. Zur Auslegung und Interpretation des § 1 GWB	184
1. Das GWB als wirtschaftsbezogenes Gesetz	184
2. § 1 GWB als Typus	187
3. Die Funktion des § 1 GWB	195
4. Ein Beispiel typologischer Einordnung	199
III. Zusammenfassung in Thesen	206

Literaturverzeichnis

- Axster, O. Kooperationsmöglichkeiten unter der neueren
Rechtsprechung zu § 1 GWB, GRUR 1976, 1ff
- Reimann, T. Wettbewerbsvereinbarungen in freien Berufen
NJW 1971, 126ff
- Bache, W.
- Ballerstedt, K. Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des
Rechts der Personengesellschaften
- ders. Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
1. Festschrift für Franz Böhm 1965, S. 179ff
- Bartholomeyczik, H. Der Begriff "Vertrag" im Tatbestand des
§ 1 GWB und die deutschen "Teerfarben- Ent-
scheidungen", Festschrift für Heinz Kaufmann
1972, S. 39ff
- Baumbach, A. Wettbewerbsrecht, 13. Aufl., München 1981
- Hefermehl, W.
- Baur, J. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb"
ZHR 134 (1970), 97ff
- ders. Entwicklungslinien im Recht der Wettbewerbs-
beschränkungen, JZ 1978, 586ff
- Bechthold, R. Die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Zusammen-
schlüsse des § 23 II Nr.1-4 GWB
WuW 1977, 460ff
- Behrens, F.S. Marktinformation und Wettbewerb
Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Beines, K. Erweiterung der kartellrechtlichen Grenzen
einer unternehmerischen Kooperation
Bonn 1972
- Belke, R. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsver-
bote nach der Kartellgesetznovelle 1973
ZHR 139 (1975), 51ff

- Belke, R. Grundfragen des Kartellverbots
ZHR 143 (1979), 74ff
- Benisch, W. Die unverbidnliche Abstimmung unter dem
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
DB 1957, 789ff
- ders. Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs
WuW 1960, 842ff
- ders. Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks
von Kooperationsverträgen, DB 1969, 247ff
- ders. Kooperationsfibel 3. Aufl. Bergisch-Glad-
bach Hrsg: Bund Deutscher Industrie
- ders. Anmerkungen zur Teerfarben-Entscheidung des
BGH, WuW 1971, 195ff
- ders. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der
kooperativen Marktinformation, DB 1972,
1709ff
- ders. Die kartellfreie Kooperation nach der GWB
Novelle 1973, WuW 1974, 69ff
- ders. Wege des Abbaus von Branchenüberkapazitäten
ZGR 1978, 197ff
- Benkendorff, G. Was ist unter "Beeinflussung der Marktver-
hältnisse" in § 1 des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen zu verstehen? WRP 1962,
146ff
- ders. Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eig-
nung zur Marktbeeinflussung durch Wettbe-
werbsbeschränkungen, WRP 1962, 313ff
- Beuthien, V. Kartellverbot und abgestimmtes Verhalten
in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von
Wirtschafts- und Rechtswissenschaften, S.51
Festschrift für Dieter Hartmann

- Borchardt, K. Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- Fikentscher, W.
- Brosche, D. Die wettbewerbsrelevanten Handlungen im Rahmen von § 1 GWB Göttingen 1981
- Brugger, G. Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467ff
- v. Brunn, J.H. Der Gema-Fall, WuW 1971, 770ff
- ders Wettbewerbsbegriff und Geheimwettbewerb BB 1975, 1555ff
- Dörinkel, W. Wettbewerbsklauseln in Betriebsüberlassungsverträgen - Beurteilung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, NW 1966, 1597ff
- Ebel, H.R. Der gemeinsame Zweck in § 1 GWB und Austauschverträgen, WuW 1979, 792ff
- Emmerich, V. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. München 1976
zit: Wettbewerbsrecht
- ders. Kartellrecht, 3. Aufl. München 1979
zit: Kartellrecht
- ders. Zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie in § 1 GWB, BB 1975, 766ff
- ders. Die höchststrichterliche Rechtsprechung zum GWB, ZHR 139 (1975), 476ff
- ders. Anmerkungen zur Fertigbeton-Entscheidung des BGH, Jus 1977, 622f
- Emmerich, V. Torsosyndikate und Kartellverbot, Jus 1976, 432ff
- Gansweid, W.
- Enaux, M. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von vertraglichen Wettbewerbsverboten bei Unternehmensveräußerungsverträgen, DB 1970, 1305f
- Eucken, W. Grundlagen der Nationalökonomie 7, Aufl. Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1959

- Dwald, H. Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?
WuW 1956, 253ff
- Fikentscher, W. Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung
WuW 1960, 680ff
- ders. Die Interessengemeinschaft
Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- ders. Sonstige Verträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für A. Hueck, S. 543ff
- ders. Zu Begriff und Funktion des gemeinsamen Zwecks, in: Festschrift Westermann, S. 87ff
- Flume, W. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
2. Band Das Rechtsgeschäft 3. Aufl.
Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Frankfurter Kommentar zum GWB, Köln, Stand 1978
zit: Frank. Komm.
- Ganten, H. Erlaubter "Freiskampf" unter Architekten?
ZHR 139 (1975), 401ff
- Gemeinschaftskommentar Müller-Hennberg, H./Benisch, W./Axster, O.
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht 4. Aufl. Köln, Berlin 1980
- Gelhausen, R. Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz, Göttingen 1973
- Gleiss, A. Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot im Recht der OHG, NJW 1963, 1338ff
- Hootz, C.
- Günther, E. Einkaufsgenossenschaften und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35ff
- ders. Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe 1960
- Halbey, H. Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, JurA 1970, 34ff

- Harms, W. Gebührenwettbewerb unter Architekten und
Rechtsanwälten, NJW 1976, 1289ff
- Hefermehl, W. Kooperative Marktinformation Köln 1967
- Huber, R.
- Seidenfus, S.
- Helm, H. Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten beim
Unternehmensverkauf, in: Festgabe Hefermehl,
S. 299ff
- Hereih, F. Baupreisrecht 3. Aufl. München 1972
- Crome, H.
- Heuss, E. Ökonomische und logische Bemerkungen zur
Teerfarben-Entscheidung des BGH, NJW 1972, 111
- Hintze, G. Das Ende der Gegenstandstheorie zu § 1 GWB
MA 1975, 400ff
- Hoffmann, D. Zur Gegenstands- Zweck- und Folgetheorie in
§ 1 GWB, BB 1975, 628ff
- Holt Schneider, R. Zur Bagatellgrenze im Kartellverbot
WuW 1980, 99ff
- Hoppmann, E. Preismeldestellen und Wettbewerb
WuW 1966, 97ff
- ders. Dis sogenannten Bagatellkartelle der "neuen"
Wettbewerbspolitik, DB 1970, 93ff
- Hoppmann, E.
- Mestmäcker, E.J. Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der
Wettbewerbsbeschränkungen 1974
- Hueck, A. Gesellschaftsrecht 17 Aufl. München 1975
- Immenga, U. GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, München
1981
- Mestmäcker, E.J.
- Jäger, A. Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in
§ 1 GWB Köln 1970
- Jauernig, O. Wirksame Wettbewerbsbeschränkung durch Ver-
gleich (§ 779 BGB)? ZHR 141 (1977), 224ff

IX

- Kantzenbach, E. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs
Göttingen 1966
- Kappuhne, M. Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag
Göttingen 1977
- Kartte, W. Ein neues Leitbild für die Wettbewerbs-
politik, Köln, Berlin, Bonn, München 1969
- Kaufmann, A. Analogie und "Natur der Sache"
2. Aufl. Heidelberg 1982
- Klaue, S. Wettbewerbsverbote und § 1 GWB WuW 1961, 323
- Knöpfle, R. Der Begriff Wettbewerb und die Realität des
Wirtschaftslebens Köln, Berlin, Bonn,
München 1966
- ders. Anmerkungen zum Beschluß des BGH vom
5.2.1968 (Fensterglas VI) NJW 1968, 1037
- ders. Anmerkungen zum Beschluß des BGH vom
29.1.1975 (Aluminium, Halbzeug) NJW 1975, 986
- Koenigs, F. Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 1.7.1964
(Flußspat) NJW 1964, 2343
- Köhler, H. Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager
München 1977
- Kroitzsch, H. Anmerkungen zu BGH vom 22.4.1980
(Taxi-Besitzervereinigung) GRUR 1980, 942
- Langen, E. Kommentar zum Kartellgesetz 5. Aufl.
Neuwied, Darmstadt 1977
- Niederleithinger, E. Schmidt, U.
- Langen, E. Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl.
Berlin, Brüssel 1981
- Niederleithinger, E. Ritter, L.
Schmidt, U.
- Langer, L. Der Begriff Unternehmen im GWB
Berlin 1978

- Larenz, K. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen
Rechts 5. Aufl. München 1980
zit: BGB AT
- ders. Lehrbuch des Schuldrecht Band II
Besonderer Teil 11. Aufl. München 1977
zit: SchuldR
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New
York 1979
- Leenen, D. Typus und Rechtsfindung Berlin 1971
- Lieberknecht, O. Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wett-
bewerbsverboten in Personengesellschaften
Gnauk, H. BB 1963, 1067ff
- Lukes, R. Zum Verständnis des Wettbewerbs und des
Marktes in der Denkkategorie des Rechts
in: Festschrift Franz Böhm, S. 199ff
- Lutz, H. Begriff des Kartellvertrages und kartell-
freie Kooperation, BB 1975, 1417ff
- Markert, K. Kartellrechtliche Beurteilung von Preismelde-
verträgen, DB 1963, 1455ff
- ders. Gegenstandstheorie und Preismeldestellen
ZHR 134 (1970), 55ff
- Marx, T. Kartell- und beweisrechtliche Fragen zu
Marktinformationsverfahren, WuW 1975, 620ff
- Merle, W. Marktinformationsverfahren und § 1 des
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Köln, Berlin, Bonn, München 1967
- Mestmäcker, E.J. Warum das Kartellverbot nicht am Privatrecht
scheitert, WuW 1971, 835ff
- Miksch Wettbewerb als Aufgabe 2. Aufl. Bad Godes-
berg 1947

- Möhring, O. Teileinengung im Kartellrecht BB 1974, 817ff
- Illert, S
- Moeschel, W. Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1
GWB NJW 1975, 94ff
- ders. 70 Jahre Deutsche Kartellpolitik
Tübingen 1972
- Offterdinger, H. Zur Methode der Rechtsfindung im Wettbe-
werbsrecht, in: Schwerpunkte des Kartell-
rechts 1976/1977 Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1977
- Ohlgart, D. Die kartellrechtliche Beurteilung von Wett-
bewerbsverboten in Unternehmensveräußerungs-
verträgen RabelsZ 1973, 545ff
- Oppenländer, F. Die Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach
§§ 1 und 18 GWB WuW 1981, 389ff
- Palandt Kurzkommmentar zum BGB, 41. Aufl.
München 1982
- Pfeiffer, G. Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs unter besonderer Berücksichti-
gung des Kartellsenats in: Hagener Seminar-
beiträge zum Unternehmensrecht, Heidelberg
Karlsruhe 1979
- Pickel, W. Preismeldestellen und Kartellverbot
BB 1963, 699ff
- ders. Aktuelles und Grundsätzliches zur Wirksam-
keit des Kartellverbots, DB 1968, 295ff
- ders. Bemerkungen zur Entscheidung des BGH vom
5.2.1968 (Fensterglas VI) WuW/E BGH 929ff
- Raisch, P. Methodische Bedenken gegen Generalklauseln
im Kartellrecht am Beispiel der Mißbrauchs-
aufsicht über marktbeherrschende Unter-
nehmen JZ 1965, 625ff

- Raiser, T. Anmerkungen zur Teerfarben-Entscheidung des BGH, JZ 1971, 394ff
- Rinck, G. Wirtschaftsrecht 5. Aufl. Köln, Berlin Bonn, München 1977
- Rittner, F. Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht Heidelberg, Karlsruhe 1979
zit: WirtschaftsR
- ders. Kooperation - ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft? in: Schriften der evangelischen Akademie in Hessen und Nassau Heft 79 Frankfurt 1969
- Sack, R. Schützt § 1 GWB nur den schützenswerten Wettbewerb? WuW 1970, 395ff
- Säcker, F.J. Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen BB 1967, 681ff
- Sandrock, O. Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen München 1968
- ders. Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmtes Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten WuW 1971, 858ff
- Sölter, A. Informationsdiskriminierung durch das Kartellrecht, BB 1972, 1237ff
- Sünner, E. Verstoßen Marktinformationsverträge gegen das Kartellverbot des § 1 GWB, DB 1971, 1299
- Schmidt, I. Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, 97ff
- Schmidt, K. Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- ders. Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen" Köln, Berlin, Bonn, München 1978
zit: Kartellverbot

- ders. Was will und was leistet die Folgetheorie
ZHR 142 (1978), 147ff
- ders. Wettbewerbsverbot und Kartellverbot
BB 1979, 1173ff
- Schmidt, R. Freie Berufe und Kartellgesetz
Köln 1966
- Steindorff, E. Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab
in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, S. 217ff
- ders. Zur Novellierung des Kartellrechts
BB 1970, 824ff
- ders. Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des §
1 GWB, BB 1977, 569ff
- Teichmann, A. Die "wesentliche Beeinträchtigung" als
Schranke für Kooperationsvereinbarungen
WuW 1974, 449ff
- Tillmanns-Schmidt, P. Die Eignung zur Marktbeeinflussung
Köln 1972
- Ulmer, P. Kartellvertrag und gentlemen's agreement
WuW 1962, 3ff
- ders. Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungs-
ungsweise im Kartellrecht, WuW 1971, 878ff
- ders. Anmerkungen zur Entscheidung des BGH vom
14.10.1976 (Fertigbeton) NJW 1977, 805f
- ders. Wettbewerbsverbote in Unternehmensver-
äußerungsverträgen NJW 1979, 1585ff
- van Venrooy, G. Vertrag und Unwirksamkeit gemäß § 1 GWB
DB 1981, 879f
- Vogel, H.D. Wettbewerbspolitische und kartellrechtliche
Grenzen zwischen Kooperation und Kartell
Frankfurt 1970

- | | |
|----------------|---|
| Westrick, K.- | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| Loewenheim, U. | 4. Aufl. Herne, Berlin 1977 |
| Willoweit, D. | Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten NJW 1971, 2045ff |
| Wolter, H. | Die Möglichkeiten unternehmerischer Kooperation nach der 2. Novelle des GWB
Göttingen 1977 |
| Zindel, J. | Die Spürbarkeit der Marktbeeinflussung als
Tatbestandsvoraussetzung des § 1 GWB
WuW 1978, 411ff |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O., S.	am angegebenen Ort, Seite
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache (Wahlperiode und Nummer)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
Jus	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MA	Der Markenartikel (Jahr und Seite)
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RegEntw.	Regierungsentwurf
Rspr.	Rechtsprechung
str.	streitig
u.a.	unter anderem

u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung
ZHR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Band, Jahr und Seite)
Ziff.	Ziffer

A. Einleitung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich mit dem vom Gesetzgeber als Zentralnorm konzipierten § 1 GWB gegen vertragliche Verpflichtungen zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten. Dadurch sollten nach dem Willen der an dem Gesetzgebungsverfahren Beteiligten 'Kartelle' erfaßt werden, die man auf Grund der geschichtlichen Erfahrungen als wesentlichste Form der Wettbewerbsbeschränkungen angesehen hat. Entsprechend lehnte sich die Formulierung des § 1 GWB in starkem Maße an früher gewonnene Definitionen und Erfahrungen an, was bis heute zu Auslegungsschwierigkeiten führte¹⁾.

§ 1 GWB weist vier zentrale Tatbestandsmerkmale auf, die den Anwendungsbereich des Kartellverbots²⁾ in persönlicher (Unternehmen), formeller (Verträge zu einem gemeinsamen Zweck), gegenständlicher (Erzeugung, Waren oder gewerbliche Leistungen) und inhaltlicher Hinsicht (Beschränkung der Marktverhältnisse) eingrenzen. Allerdings zeigte die Rechtsanwendung seit Erlaß des § 1 GWB eine deutliche Unsicherheit bei der Festlegung des kartellrechtlichen Anwendungsbereiches, die zum einen auf dem hohen Abstraktionsgrad der hier fraglichen Generalklausel beruhte und zum anderen ihren Grund darin fand, daß § 1 GWB wie kaum eine andere Vorschrift zivilrechtlich geprägte Erfordernisse mit wirtschaftsbezogenen Elementen verquicht. Daraus resultierte ein grundlegend unterschiedliches Verständnis über die mit § 1 GWB zu verfolgende Wettbewerbspolitik, die in dem lange Zeit die kartellrechtliche Diskussion beherrschenden Streit um die Gegenstands- bzw. Folgetheorie zum Ausdruck kam und sich durch die verschiedenen, wirtschaftswissenschaftlich erarbeiteten Wettbewerbskonzepte noch komplizierte.

1) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 1ff, K.Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 21 ff

2) wenn der Begriff des 'Kartellverbots' im Rahmen dieser Arbeit gleichwertig neben § 1 GWB verwendet wird, so soll damit keine rechtliche Wertung verbunden werden. Richtig ist, daß § 1 GWB die zivilrechtliche Unwirksamkeit anordnet, während sich i.V.m. § 38 I Nr.1 GWB an die Durchführung eines solchen Vertrages bzw. Beschlusses eine Ordnungswidrigkeit knüpft

Der Anwendungsbereich des Kartellverbots wurde so in starkem Maße durch unterschiedliche Interpretationskonzepte verschoben bzw. ausgedehnt, und es wird Aufgabe dieser Arbeit sein, diese unterschiedliche Handhabung und die daraus folgende Wettbewerbspolitik, die sich seit Erlaß des GWB ausgebildet hat, aufzuzeigen. Dabei wird sich die Untersuchung, soweit möglich, auf die Rechtsprechungspraxis konzentrieren, da die Entscheidung des sich konkret stellenden Einzelfalls weitaus deutlicher als theoretisch aufgearbeitete Modellansätze aufzeigt, welche Schwierigkeiten sich bei der Subsumtion und Umsetzung wirtschaftsbezogener Normen ergeben. Hier sei nur die mangelnde Relevanz vieler wissenschaftlich ermittelter Definitionsversuche gerade in der kartellrechtlichen Praxis erwähnt.

Der Aufbau der Arbeit ist demnach vorgegeben: Im Rahmen der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB soll die Entwicklung der Rechtsprechungspraxis aufgezeigt und analysiert werden, um in einem abschließenden Kapitel eine mögliche, neue Richtlinie herauszuarbeiten. Dabei soll geprüft werden, ob im gegenwärtigen Stadium der Kartellrechtsprechung mit herkömmlichen Auslegungskonzepten eine sinnvolle Anwendung des Kartellverbots möglich ist und gleichzeitig der Ausblick auf eine mögliche Neuorientierung gegeben werden.

Die analytische Aufarbeitung der Judikatur wurde im März 1983 abgeschlossen. Spätere Entscheidungen sind, soweit dies durchführbar erschien, berücksichtigt und eingearbeitet worden.

B Die Entwicklung der Rechtsprechung

I. Der Unternehmensbegriff

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Rechtsprechung stellte schon in den ersten einschlägigen Urteilen fest, daß der Begriff des Unternehmens im Rahmen des § 1 GWB eigenständig zu sehen ist und nicht den gleichen Sinn hat wie in anderen Rechtsgebieten¹⁾. Vielmehr sei der Gesetzeszweck bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals mit zu berücksichtigen, wobei dieser im Schutze der Bedarfsdeckung eines jeden Rechtssubjektes vor wettbewerbsbeschränkendem Verhalten gesehen wurde²⁾. Der BGH lehnte sich insofern ausdrücklich an die Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf an, in der als Unternehmen jede Betätigung in der Erzeugung oder im Geschäftsverkehr bezeichnet wurde.

In dem Beschluß vom 12.1.1960³⁾ grenzte das Kammergericht den Unternehmensbegriff negativ dahingehend ab, als darunter "jede nicht rein private und sich außerhalb des Erwerbslebens abspielende Tätigkeit" zu sehen ist. Die Judikatur hat sich bei der Ausgestaltung dieses Tatbestandsmerkmals bis heute an eine sehr weite Auslegung gehalten.

So sprach sich der BGH⁴⁾ für die Unternehmenseigenschaft eines potentiellen Wettbewerbers mit der Überlegung aus, daß das Kartellverbot sonst auf ein stillgelegtes, aber an sich zur Wiederaufnahme seiner wirtschaftlichen Tätigkeit fähigen Unternehmens nicht anwendbar sei. Der Kartellsenat hatte ein Unternehmen zu beurteilen, das nach dem Krieg die Produktion

1) WuW/E BGH 359 Gasglühkörper vom 26.10.1959;
WuW/E BGH 442 Gummistrümpfe vom 26.10.1961

2) WuW/E BGH 359, 360

3) WuW/E OLG 322 Vereidigte Buchprüfer II, aufgehoben durch BGHZ 34, 42 aus anderen Gründen

4) WuW/E BGH 359, 360

einstellte und als GmbH in einer Vertriebsgemeinschaft fortbestand. Im Hinblick auf die Tatsache, daß die Gesellschaft noch über einen (zwar veralteten) Maschinenpark sowie über Warenzeichen verfügte, bejahte der BGH die Möglichkeit, daß sich das Unternehmen wieder selbständig am Markt betätigen könne und qualifizierte es als ein Unternehmen im Sinne des § 1 GWB.

Während sich der BGH insofern noch auf konkrete Anhaltspunkte stützte, die auf eine eventuelle spätere Betätigung am Markt hinwiesen, ließ das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 29. 11. 1959¹⁾ auch dieses Erfordernis fallen. Danach soll allein die Möglichkeit einer Betätigung im marktwirtschaftlichen Wettbewerb für die Bejahung des Unternehmensbegriffes ausreichend sein, wobei nicht gefordert werden muß, daß sich diese Möglichkeit durch ein früheres Handeln am Markt konkretisiert hat. Ein bisher fehlendes Auftreten im Wettbewerb schließt die Anwendung des Unternehmensbegriffes somit nicht aus. Allerdings kann fraglich sein, ob ein so klassifiziertes "potentielles Unternehmen" durch eine Vereinbarung den Wettbewerb beschränken kann, was später zu behandeln sein wird.

Es bleibt jedenfalls festzustellen, daß die Rechtsprechung, im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur²⁾ den Anwendungsbereich des Kartellverbots auch auf ein künftiges, möglicherweise am Markt auftretendes Unternehmen erstreckt.³⁾

Ebenso eindeutig stellte sich die Rechtsprechung zu der Frage, welcher wirtschaftliche Umfang und welche Organisation für die Erfüllung des Unternehmensbegriffes zu fordern ist.

1) WuW/E OLG 357, 359 Hafenpacht

2) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 10 m.w.N.; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 12

3) zu der Frage des potentiellen Wettbewerbers vgl. ausführlich S. 117 ff

Das OLG Düsseldorf¹⁾ hatte zu entscheiden, ob eine Witwe durch die Verpachtung einer Gaststätte als Unternehmen im Sinne der §§ 1, 18 GWB zu qualifizieren ist. Das OLG bejahete die Frage und stellte fest, daß der Unternehmensbegriff nicht eine Vielzahl von Personen voraussetzt, also auch Einzelpersonen unter das Kartellverbot fallen können. Nicht notwendig ist demnach eine rechtliche oder wirtschaftliche Organisation sowie ein bestimmter Betriebs- bzw. Geschäftsumfang, auch schließt die mangelnde Eintragung in das Handelsregister den Unternehmensbegriff im Sinne des § 1 GWB nicht aus²⁾. Entscheidend ist letztlich, ob eine aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben vorliegt, die über das Maß der persönlichen Bedarfsdeckung hinausgeht. Demnach kann auch die Verpachtung einer Gaststätte als eine unternehmerische Tätigkeit gewertet werden.

In den neueren Urteilen des OLG München³⁾ sowie des OLG Düsseldorf⁴⁾, welches vom BGH bestätigt wurde⁵⁾, wird der oben genannten Entscheidung gefolgt. Darüber hinausgehend stellten diese Urteile klar, daß es für die Beurteilung des Verpächters bzw. Eigentümers nicht auf dessen sonstige Stellung im Berufsleben ankommt. So ist es z.B. für die Qualifizierung als Unternehmen unerheblich, ob der Verpächter hauptberuflich eine Autovermietung betreibt, da diese in keinem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang zur Verpachtung steht⁶⁾.

Auch der Alleininhaber einer Brauerei fällt nicht automatisch unter den Unternehmensbegriff, wenn er sein Privatgrundstück

1) WuW/E OLG 888 Gaststättenpacht vom 9.7.1968

2) WuW/E BGH 1246 vom 6.11.1972, Bestätigung von WuW/E OLG 1299 Feuerwehrschutzanzüge vom 20.2.1972. Umgekehrt kann die Rechtsform der Genossenschaft vor einer kartellrechtlichen Beurteilung nicht schützen: WuW/E BGH 647 ff. Rinbesamung vom 20.11.1964

3) WuW/E OLG 1789 Flötzingen Bräu vom 22.10.1976

4) WuW/E OLG 1793 vom 7.12.1976

5) WuW/E BGH 1521 Gaststättenverpachtung 11.4.1978

6) WuW/E BGH 1521

verpachtet. Allein entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der Verpächter oder Vermieter sein Eigentum im geschäftlichen Bereich vermietet, so daß er in Bezug auf die Vermietung oder Verpachtung als Unternehmer anzusehen ist¹⁾.

In seiner Entscheidung vom 6. 11. 1972²⁾ führte der BGH aus, daß für die Unternehmereigenschaft jede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr in Betracht kommt, wobei eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung zu treffen ist. Demnach ist auch die Auswertung von Erfindungen, Kenntnissen und Erfahrungen als Betätigung im Geschäftsverkehr zu würdigen³⁾.

Für das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft ist es des weiteren von der Rechtsprechung als unbeachtlich angesehen worden, ob eine Absicht zur Gewinnerzielung vorliegt. So ließ der BGH schon früh⁴⁾ einen Sozialversicherungsträger unter das Kartellverbot fallen, der einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag über Heilmittel geschlossen hatte, ohne diese Mittel mit Gewinn weiterveräußern zu wollen⁵⁾.

Auch bei einer Organisation von Theaterbesuchern, die von den Schauspielhäusern Karten der einzelnen Vorführungen abnimmt und an ihre Mitglieder verteilt, hat der BGH der mangelnden Gewinnerzielungsabsicht keine Bedeutung zugewiesen⁶⁾.

Wie schon das Kammergericht in der oben angeführten Entscheidung ausführte⁷⁾, findet der Anwendungsbereich des § 1 GWB seine Grenzen bei einer rein privaten, sich außerhalb des

1) WuW/E BGH 1521

2) WuW/E BGH 1253 ff. Nahtverlegung

3) so auch für die Betätigung im Bereich der Werbung : WuW/E OLG (KG) 1429 ff. DFB vom 20.11.1973

4) WuW/E BGH 442 Gummistrümpfe

5) WuW/E OLG (KG) 307 ff. AOK vom 8.12.1959; entsprechend: WuW/E OLG (Düsseldorf) 1523 Krankenhaus-Zusatzversicherung II vom 9.4.1974; bestätigt in : WuW/E BGH 1361 ff. vom 4.4.1975

6) WuW/E BGH 1142 ff. Volksbühne vom 29.10.1970
Vorinstanz: WuW/E OLG (Hamburg) 1113 Volksbühne vom 18.12.1969

7) WuW/E OLG 322 Vereidigte Buchprüfer

Erwerbslebens abspielenden Tätigkeit¹⁾. Nicht unternehmerisch ist demnach die gesamte Nachfragetätigkeit und die Erzeugung der privaten Haushalte²⁾.

Der BGH betonte allerdings schon sehr früh³⁾, daß nicht jegliche Nachfrage von dem Verbot des § 1 GWB ausgenommen ist. Stellt sich die Nachfragetätigkeit vielmehr als selbständige Teilnahme am Geschäftsverkehr dar, was sich meist aus dem Ausmaß dieser Tätigkeit ergibt, so kann eine Gleichstellung mit dem Endverbraucher eines Haushalts nicht getroffen werden.

Demnach erfüllt eine auf dem Heilmittelmarkt nachfragende Krankenkasse genauso den Unternehmensbegriff⁴⁾ wie ein Theaterverein, der für 40.000 bis 50.000 Mitglieder Theaterkarten vermittelt⁵⁾.

Außerhalb des Erwerbslebens steht auch nicht eine Sportartikelmesse, da deren Veranstaltung zum "Zwecke der Information und der Anknüpfung neuer oder der Festigung bestehender Geschäftsverbindungen" dient und somit dem Bild eines Unternehmens im Sinne des GWB entspricht⁶⁾.

Unbeachtlich war für den BGH in diesem Fall, ob die Besucher sofort gewinnbringende Verträge abschließen konnten oder nur zum Zwecke der Information die Messe besuchten.

2. Behandlung der öffentlichen Hand

Aus den bisher aufgeführten Voraussetzungen bezüglich der Unternehmensqualität in § 1 GWB folgt, daß die öffentliche Hand grundsätzlich unter das Kartellverbot fallen kann,

1) so auch WuW/E BGH 1027 Sportartikelmesse II vom 3.3.1969
WuW/E OLG (Düsseldorf) 888 Gaststättenpacht
WuW/E OLG (München) 1789 ff. Flötzingen Bräu

2) vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 9

3) WuW/E BGH 449

4) WuW/E BGH 442, 449

5) WuW/E BGH 1142

6) WuW/E BGH 1027 Sportartikelmesse II

da diese Vorschrift jede unternehmende Tätigkeit erfaßt, egal, ob das handelnde Unternehmen der öffentlichen Hand gehört oder nicht, was § 98 GWB letztlich nochmals bestätigt¹⁾. Öffentlich-rechtliche Unternehmen wurden deshalb schon früh als Unternehmen im Sinne des § 1 GWB behandelt²⁾.

Das Kartellverbot findet erst dort seine Grenze, wo die öffentlich-rechtliche Körperschaft hoheitlich zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgaben tätig wird. Die Rechtsprechung legte diesen Aufgabenbereich schon immer restriktiv aus, woraus sich ein sehr breites Anwendungsfeld für den § 1 GWB ergab. Hier fällt insbesondere eine neuere Entscheidung des BGH auf, die nun exemplarisch aufgeführt werden soll³⁾.

Zu beurteilen war eine öffentlich-rechtliche Musikschule, die sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Hilfe von freischaffenden Musiklehrern bediente. Dabei vermittelte sie die Schüler an einen dieser Lehrer, der mit seinem Schüler in eigenem Namen einen Lehrvertrag schloß.

Zwischen Schule und Lehrer bestand ein Vermittlungsvertrag, der unter anderem eine Honorarbegrenzung für die mit den Schülern abzuschließenden Verträge enthielt.

Bei der Frage, ob diese Klausel unter § 15 GWB fällt, bejahte der BGH die Unternehmenseigenschaft der Musikschule. Dabei führte er aus, die Schule habe gegenüber den Lehrern mit dem Abschluß und der Ausführung des Vermittlungsvertrages keine öffentlichen Aufgaben wahrgenommen, unbeachtlich sei dabei, daß durch die Vereinbarung letztlich das Außenverhältnis zu den Schülern tangiert wird. Die Schule muß sich insofern an der von ihr gestalteten Rechtsbeziehung festhalten lassen.

1) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 11

2) vgl. WuW/E OLG 307 AOK; WuW/E BGH ff. später:
WuW/E BGH 1361 Krankenhaus-Zusatzversicherung;
WuW/E OLG 1523; WuW/E BGH 1385 Heilquelle vom 22.5.1975;
WuW/E BGH 1474 Architektenkammer vom 16.12.1976;
WuW/E BGH 1661 Berliner Musikschule vom 23.10.1979

3) WuW/E BGH 1662 Berliner Musikschule

Dieses Ergebnis, welches der BGH ausdrücklich mit dem Sinn und Zweck des GWB begründete, die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, kann nicht überzeugen. Zu Bedenken bleibt insofern, daß die Schule durch die fragliche Vereinbarung ihrer öffentlichen Aufgabe nachkommen wollte, ein ausreichendes Lehrprogramm zur Verfügung zu stellen. Diesen Gesichtspunkt mit der mehr formalen Argumentation der zwischen den Parteien getroffenen Vertragsgestaltung entgegenzutreten, scheint der funktionalen Betrachtungsweise, die der BGH bei dem hier in Frage stehenden Tatbestandsmerkmal ansonsten vollzieht und die den Zweck der Vereinbarung hätte berücksichtigen müssen, zu widersprechen.

3. Behandlung der freien Berufe

Die bisherige Darstellung der exemplarisch aufgeführten Entscheidungen war notwendig, um die Voraussetzungen und die Ausfüllung des Unternehmensbegriffes durch die Judikatur aufzuzeigen. Allerdings zeigte sich die Rechtsprechung insofern konstant und im Einklang mit der h.M. in der Literatur.

Umstritten war hingegen seit Erlaß des GWB die Stellung der freien, wissenschaftlichen und künstlerischen Berufe. In Argumentation und Anwendungsbereich des § 1 GWB auf diese Gruppe verfolgte die Rechtsprechung m.E. über einen langen Zeitraum keine klare Linie.

Erst durch Urteile in jüngerer Zeit¹⁾ hob der BGH dogmatische Widersprüche auf und sprach sich für eine starke Ausweitung des Unternehmensbegriffes aus, was nicht zuletzt zu einer Wiederbelebung der Diskussion um die Einbeziehung der freien Berufe unter das Kartellverbot führte²⁾.

Eine Darstellung der Rechtsprechung ist insofern indiziert, wobei es nicht Aufgabe dieser Arbeit ist, darüber hinaus die dogmatischen Grundlagen und die Stellung der freien Berufe in der Gesellschaft mit der damit verbundenen Pro-

1) WuW/E BGH 1474 Architektenkammer, Vorinstanz;
WuW/E OLG (Celle) 1623 vom 30.7.1975;
WuW/E BGH 1521 Gaststättenverpachtung vom 11.4.1978

2) vgl. Harms, NJW 76, 1289 ff.; Ganten, ZHR 139 (1975), 401 ff., 426 - 430; schon früher: Bache, NJW 71, 126 f.

blematik darzustellen. Es sei insofern auf die Arbeiten von Schmidt¹⁾, Gelhausen²⁾ und Langer³⁾ verwiesen.

Ansatzpunkt soll hier die im Frankf. Komm. vertretene Ansicht sein, freie Berufe seien grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Kartellverbots entzogen⁴⁾. Diese Meinung wurde mit der Entstehungsgeschichte des GWB und nicht zuletzt mit der "besonderen Art der Betätigung" in den freien Berufen begründet. So arbeite der Rechtsanwalt wie auch der Künstler in einer Sphäre, die außerhalb des Gewerblichen liege und die nicht dem Kartellrecht unterworfen werden dürfe⁵⁾.

Eine solch weitgehende Aussparung ganzer Berufsgruppen kann allerdings nur unter Zugrundelegung des gegenständlichen, institutionellen Unternehmensbegriffes gefolgert werden. Zwar bekannte sich der BGH schon früh zu einer funktionellen Betrachtungsweise⁶⁾, eine Reihe von Entscheidungen bezüglich der Einbeziehung der freien Berufe ließen allerdings auch eine konträre Auffassung zu⁷⁾. So bejahte das Kammergericht⁸⁾ den Unternehmensbegriff bei vereidigten Buchprüfern, indem es ein generelles Bild dieser Berufsgruppe aufzeichnete, ohne auf die speziell zu beurteilende Tätigkeit abzustellen.

1) Schmidt, Freie Berufe und Kartellgesetz

2) Gelhausen, Die staatlich gebundenen Berufe und das Kartellgesetz

3) Langer, Der Begriff Unternehmen im GWB

4) Frankf. Komm. § 1 Rdnr. 4, 5

5) v. Brunn WuW 71, 770 ff., 774

6) WuW/E BGH 359

7) auf die sich letztlich auch Ganten a.a.O.S. 430 beruft

8) WuW/E OLG 322 Vereidigte Buchprüfer II

Apotheker sind nach Ansicht des OLG Stuttgart¹⁾ unter Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht²⁾ als Unternehmen im Sinne des Kartellverbots zu beurteilen, weil sie ein traditionelles Gewerbe ausüben, wofür auch die "Ausweitung des Warensortiments in den Apotheken" spricht und legte somit einen völlig institutionsbezogenen Maßstab an.

Auch der BGH ließ in seiner Entscheidung vom 20.11.1964³⁾ ausdrücklich offen, ob gewisse Berufe (und gewisse Tätigkeiten der Angehörigen freier Berufe) nicht dem GWB unterliegen.

Die letzte Entscheidung, die nicht nur auf eine funktionelle, sondern auch auf eine gegenständliche Betrachtungsweise abstellte, ist die des OLG Celle vom 30.7.1975⁴⁾.

Das Gericht hatte zu beurteilen, ob eine Architektenkammer eine Vereinigung von Unternehmen darstellt, mithin die Architekten als Unternehmen i.S.d. § 1 GWB zu qualifizieren sind. Dazu stellte das OLG fest, daß "das Berufsbild des freiberuflich tätigen Architekten heute ganz überwiegend unternehmerische und erwerbswirtschaftliche Züge (trägt), hinter denen ... die geistig-schöpferische Leistung zurücktritt Nach heutiger Auffassung sind die frei beruflichen Architekten daher in ihrer Gesamtheit ganz überwiegend Unternehmen im Sinne des § 1 GWB"⁵⁾.

In der Revision zu dieser Entscheidung wandte sich der BGH⁶⁾ eindeutig gegen diese Argumentation und stützte sich auf eine funktionelle Betrachtungsweise, um so die Unternehmenseigenschaft zu begründen.

1) WuW/E OLG 551 Rabattverbot der Apothekenkammer vom 21.2.1963 aufgehoben durch BGHZ 41, 194 aus anderen Gründen

2) BVerfGE 5, 25; 7, 377

3) WuW/E BGH 647 Rinderbesamung

4) WuW/E OLG 1623 Architektenkammer

5) a.a.O.S. 1625

6) WuW/E BGH 1474

Dazu stellte der Senat fest, daß eine Entscheidung über die Unternehmensqualität der Architekten nicht einheitlich getroffen werden kann. Vielmehr "ist der Unternehmensbegriff des GWB funktionell - nicht institutionell - bestimmt"¹⁾. Zu beurteilen sei allein die Frage, "ob Architekten insoweit als Unternehmen im Sinne des § 1 GWB anzusehen sind, als sie Leistungen ... anbieten und damit mit anderen Architekten in Preiswettbewerb treten"²⁾.

In der Folgezeit berief sich der BGH bei der Beurteilung der Unternehmensqualität ausdrücklich unter Ablehnung des gegenständlichen auf den funktionellen Unternehmensbegriff³⁾. Somit verbietet sich eine grundsätzliche Nichtanwendung des Kartellverbots auf einzelne Berufsgruppen unter Berufung auf institutionelle Ausnahmereiche.

Freie Berufe können demnach bei Entfaltung einer unternehmerischen Tätigkeit unter § 1 GWB fallen, soweit nicht Berufs- oder Standesrecht einer Anwendung entgegenstehen⁴⁾. Standesrechtliche Schranken sind des weiteren unerheblich, wenn sich die so in ihrer Wettbewerbsfreiheit beschränkten Berufe auf einem außerhalb der Berufsregelung stehenden Markt betätigen. So erfüllen Tierärzte genauso den Unternehmensbegriff, wenn sie Tätigkeiten ausüben, die auch von sogenannten Besamungstechnikern ausgeführt werden können⁵⁾, wie auch Rechtsanwälte, soweit sie eine Nachfragetätigkeit ausüben, die auch beim Betrieb eines gewerblichen Unter-

1) a.a.O.S. 1477

2) a.a.O.S. 1477

3) WuW/E BGH 1521 Gaststättenverpachtung;
WuW/E BGH 1661 Berliner Musksschule

4) so z.B. für Fahrlehrer WuW/E OLG (Stuttgart) 1083 vom 20.2.1970; für Musiklehrer WuW/E BGH 1661; für Berufsboxer WuW/E BKartA 357

5) WuW/E BGH 647

nehmens auftritt¹⁾.

Entscheidend ist dabei der Gesichtspunkt, daß dort, "wo nicht nur unter den Angehörigen des freien Berufes ein Wettbewerb besteht, sondern sie sich zugleich auch im Wettbewerb mit Außenstehenden befinden ... für beide Seiten ein Erfordernis (besteht), Konfliktfälle regelnde Vorschriften des GWB zur Geltung zu bringen²⁾".

Nachzugehen bleibt letztlich der Frage, inwieweit die freien Berufe aus dem Kartellverbot auszusparen sind, wenn sie miteinander in Wettbewerb treten und dabei das Standesrecht tangiert wird.

Hier bildete sich die Meinung aus, daß dieser Gesichtspunkt zu einer Unanwendbarkeit der gesetzlichen Normen des GWB auf die "verkammerten Berufe" führe³⁾. So sei das Gesamtgefüge der Berufsnormen vom GWB als vorrangig zu respektieren, weshalb auch die Regelung der berufsspezifischen Leistungen einschließlich des Wettbewerbs mit Honoraren allein durch das Berufsrecht auszufüllen sei. Dieser weitgehenden Ausparung ist die Rechtsprechung nicht gefolgt.

Allerdings zeigte die erste Entscheidung des Kammergerichts⁴⁾, die sich mit diesem Problemkreis beschäftigte, eine behutsame und zurückhaltende Argumentationsweise auf. Das Gericht ließ ausdrücklich die Frage offen, ob eine gesetzliche Gebührenordnung⁵⁾ einer Sonderbehandlung bezüglich des Anwendungsbereiches des Kartellverbots bedarf und begründete die Anwendung des § 1 GWB damit, daß die Buchprüfervereinigung

-
- 1) WuW/E BGH 1325 Schreibvollautomat vom 19.9.1974
so auch: Ärzte auf dem Gebiet der Labortechnik,
WuW/E OLG (KG) 1687 Laboruntersuchungen vom 2.2.1976;
WuW/E BGH 1469 Autoanalyser vom 22.3.1976
 - 2) WuW/E OLG 1687, 1689
 - 3) Frankf. Komm. § 1 Rdnr. 4, 5; Ganten a.a.O. 401 ff., 429;
Harms a.a.O. 1284 ff., 1296
 - 4) WuW/E OLG 322 Vereidigte Buchprüfer II
 - 5) im vorliegenden Fall war eine nicht gesetzliche Gebührenordnung zu beurteilen

möglicherweise höhere als die untersten Sätze der Rahmengebühren beschließen könnte.

Erst die Architektenkammer - Entscheidung des BGH¹⁾ stellte fest, daß auch eine gesetzliche Gebührenordnung keinen kartellrechtlichen Freiraum schaffe. Zwar sei der Wettbewerb (und damit die Anwendung des GWB) durch das Architekten-gesetz und die entsprechende Berufsordnung eingeschränkt, dies allerdings nur insoweit, als der Wettbewerb nicht primär als ökonomisches Leistungsinstrument eingesetzt werden darf. Konkret auf die Gebührenregelung angewandt, führte der BGH aus, "daß die Entgelte nach der (Gebührenordnung für Architekten) Höchstpreise sind", die unterschritten werden dürfen, woraus sich ergibt, "daß dieses Gesetz insoweit den Wettbewerb eröffnet hat"²⁾. Betrachtet man die Gebührenregelung unter diesem engen Blickwinkel, so ist dem BGH zuzustimmen: die Schrankensetzung der Gebührenhöhe "nach oben" schließt einen Wettbewerb mit den Entgelten "nach unten" nicht aus; dieser ist von dem Berufsrecht nicht geregelt und demnach nicht als schädlich für die Funktionsfähigkeit des Berufsstandes angesehen worden.

Mit dieser Entscheidung dehnte der BGH das in § 1 GWB verkörperte Prinzip des freien Wettbewerbs letztlich unter enger Betrachtung des Ständerechts auch auf die Tätigkeit der verkammerten Berufe untereinander aus und erteilte der Meinung, die eine generelle Ausweitung des Wirkungskreises gesetzlichen Berufsstandesrechts forderten, eine Absage³⁾.

Diese restriktive Betrachtungsweise des Ständerechts führte der BGH in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung fort⁴⁾.

1) WuW/E BGH 1474 ff.

2) BGH a.a.O.S. 1477

3) so Harms NJW 76, 1289 ff., 1295 m.w.N. unter Berufung auf WuW/E OLG 322, 324

4) WuW/E BGH 1661 Berliner Musikschule

Setzte sich das Kammergericht¹⁾ sowie das OLG Stuttgart²⁾ in ihren Urteilen noch mit der Frage auseinander, ob eine nicht gesetzliche Gebührenordnung bzw. eingeschriebene Standesregeln den Anwendungsbereich des § 1 GWB beschränken könne, so stellte der BGH in der oben genannten Entscheidung klar, daß eine solche Beschränkung nur durch staatliches oder aufgrund staatlicher Ermächtigung erlassenen Berufsrechts erfolgen könne und verschärfte somit die Anforderungen an die rechtliche Qualität der zu beurteilenden Standesnormen.

Andererseits sind mit einer solch weitgehenden Anwendung des GWB auch im Rahmen verkammerter Tätigkeitsbereiche Schwierigkeiten vorgegeben, die sich schon aus dem Widerspruch ableiten, ein Gesetz, welches eine freie Marktordnung anstrebt, auf wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen anzuwenden, die sich im Rahmen stark reglementierter Berufsgruppen vollziehen. Zwar ist dem BGH insofern beizupflichten, als eine Höchstpreisfestsetzung einen Preiswettbewerb durch niedrigere Gebührensätze nicht ausschließt. Zu Bedenken bleibt aber, daß die standesrechtlichen Vorschriften vor allem durch das Werbeverbot darauf hinauslaufen, eben einen Einsatz des Preisparameters zu verhindern, so daß Konflikte mit berufsrechtlichen Vorschriften vorgegeben sind³⁾. Es erscheint deshalb unumgänglich, auch institutionelle Gesichtspunkte im Rahmen des Unternehmensbegriffes mit zu berücksichtigen.

1) WuW/E OLG 322

2) WuW/E OLG 552

3) vgl. auch Rittner, WirtschaftsR § 17 A I 2

4. Zusammenfassung

Seit Erlaß des GWB orientierte sich die Judikatur bei der Konkretisierung des Unternehmensbegriffes an Sinn und Zweck des Gesetzes, was zu einer eigenständigen Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals führte.

In der Folgezeit entwickelte sich in der Rechtsprechung eine weite Auslegung, die dazu führte, daß die Unternehmereigenschaft bis auf einen Fall¹⁾ immer bejaht oder aber unterstellt wurde, um den zu beurteilenden Sachverhalt unter dem Lichte eines anderen Tatbestandsmerkmals zu sehen²⁾.

Dies wurde dadurch realisiert, daß an die persönlichen Anforderungen der zu beurteilenden Unternehmen und damit an die Voraussetzungen des Unternehmensbegriffes nur geringe Anforderungen gestellt wurden. Entscheidend war für die Judikatur vielmehr die entfaltete unternehmerische Tätigkeit, was dazu führte, daß jegliche marktbezogene Handlung von dem Kartellverbot erfaßt werden konnte.

Bei der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft freier Berufe bekannte sich die Rechtsprechung nach anfänglichen Widersprüchen zu einer funktionellen Betrachtungsweise. Ausnahmebereiche des Kartellverbots sind dieser Berufsgruppe nur bei Vorliegen gesetzlichen Standesrechts zuzubilligen, wobei sich der BGH durch Urteile in jüngster Zeit zu einer engen Begrenzung dieser Freiräume aussprach³⁾, was zu einer verschärften Anwendung des § 1 GWB auch auf die Tätigkeit der "verkammerten" Berufe führte.

1) WuW/E OLG (Frankfurt) 533 ff., Filmselbstkontrolle vom 12.11.1962; Verfolgung ideologischer Ziele rein außenwirtschaftlicher Art

2) WuW/E BGH 712, 714 Bierbezug vom 25.11.1965;
WuW/E BGH 947 ff., Universitätssportclub vom 14.11.1968
WuW/E BGH 1625 Anwaltsverein vom 26.6.1979

3) so auch für den Aufgabenbereich und damit den Ausnahmebereich der öffentlichen Hand

II Der Vertragsbegriff

Ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von Unternehmen fällt nach dem Wortlaut des § 1 GWB nur dann unter diese Vorschrift, falls es durch Vertrag vereinbart wurde. Der Vertragsbegriff hat besondere Probleme aufgeworfen, die sich vor allem in der Frage zeigten, ob auch Verhaltensweisen, die nicht durch eine schuldrechtliche Vereinbarung festgelegt wurden, vom Kartellverbot erfaßt werden. Die Gerichte haben sich zwar mit diesem Problemkreis nur selten auseinander gesetzt, trotzdem zeichneten sich in den Urteilen verschiedene, divergierende Entwicklungslinien ab, wobei besonders das Urteil des BGH im Teerfarbenfall¹⁾ eine heftig geführte Diskussion auslöste. Darauf reagierte der Gesetzgeber in seiner Novelle vom 3. 8. 1973 mit der Einführung des Verbots abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 I GWB), wodurch der Streit um die Einbeziehung dieses Verhaltens in § 1 GWB von der Rechtsentwicklung überholt wurde²⁾.

Darüber hinaus kam es in der genannten Entscheidung zu einem ersten Zusammenprall derjenigen Meinung, die wettbewerbspolitische und wirtschaftswissenschaftliche Argumentationen bei der Beurteilung von Kartellen verwirklicht sehen will mit der Auffassung, die auch im Rahmen des § 1 § 1 GWB einer Auslegung den Vorzug gibt, die sich an den Instituten und Regeln des bürgerlichen Rechts orientiert. So bietet sich hier eine gute Gelegenheit, der Antwort auf die Frage näherzukommen, welches Konzept die Rechtsprechung bei der Anwendung des § 1 GWB, jedenfalls zum Zeitpunkt der oben genannten Entscheidung verfolgte.

1. Die frühe Rechtsprechung

Ansatzpunkt soll hier die Feststellung sein, daß es mehrere Erscheinungsformen gibt, kollektives, wettbewerbsbeschränken-

1) WuW/E BGH 1147 vom 17. 12. 1970

2) vgl. Müller-Henneberg im GK §1 Rdnr. 27
Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 31

des Verhalten zu koordinieren¹⁾.

Dies kann einerseits durch schuldrechtlichen Vertrag geschehen, also einer Willensübereinstimmung von zwei oder mehreren Personen über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges²⁾. Auf einen derartigen zivilrechtlichen Vertrag findet § 1 GWB unstreitig Anwendung. Unter das Kartellverbot kann demnach eine Einigung von Unternehmen fallen, in der sie ihr Verhältnis zueinander regeln und diese Regelung als rechtlich verbindlich ansehen³⁾.

Schon früh stellte sich allerdings die Frage, ob auf den Vertragsbegriff im Sinne des § 1 GWB sämtliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anwendbar sein sollen.

Ansatzpunkt war dabei die Beurteilung der gentlemen's agreements. Es zeigte sich nämlich, daß eine der vertraglichen Bindung ähnliche Wirkung auch dann erzielt werden konnte, wenn außerrechtliche Faktoren, wie wirtschaftliche Rücksichtnahme, moralischer Druck, guter Wille, kaufmännische Anständigkeit und Solidaritätsbewußtsein die vereinbarten Regelungen untermauerten⁴⁾. Hier fehlt es an einer Einigung rechtsgeschäftlicher Art, die Parteien wollen keine konkrete Rechtsfolge anstreben, sondern aufgrund außerrechtlicher Abhängigkeiten zu einer faktischen Bindung kommen⁵⁾.

Frühere Meinungen in der Literatur haben sich deshalb unter konsequenter Anlehnung an die zivilrechtliche Rechtsgeschäftslehre gegen eine Anwendung des § 1 GWB auf gentlemen's agreements ausgesprochen⁶⁾.

Demgegenüber verfolgten hauptsächlich Landes- und Oberlandesgerichte eine andere Linie und sprachen sich schon früh für eine Einbeziehung dieser Verhaltensweisen unter das

1) vgl. Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 30

2) vgl. Palandt Heinrichs 1a vor § 145

3) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 24

4) vgl. WuW/E OLG (Celle) 772, 775 Naturstein vom 11. 10. 1965

5) Willoweit NJW 71, 2045 ff

6) vgl. Benkendorff WRP 62, 313 ff, 315;
Ulmer WuW 62. 3 ff. 12

Kartellverbot aus¹⁾. Hier war es vor allem das OLG Celle, das in seiner Entscheidung vom 11.10.1965²⁾ ausdrücklich feststellte, daß es der Zweck des Kartellverbots rechtfertige, den Vertragsbegriff des GWB anders auszulegen als den des BGB.

Fallen somit Vereinbarungen auch ohne Rechtsfolgewillen unter § 1 GWB, so blieb für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "Vertrag" der Nachweis einer Einigung erforderlich. Dies war für die Gerichte in den oben zitierten Entscheidungen meist unproblematisch. So waren zum einen Verträge und Beschlüsse zu beurteilen, die ein gentlemen's agreement förmlich aussprachen (z.B. Verpflichtung zu ehrbarem Kaufmannsverhalten)³⁾ oder durch Verbandsmitgliedschaft untermauerten⁴⁾.

Zum anderen hatte sich die Rechtsprechung mit der Qualifizierung von Submissionskartellen zu beschäftigen. Auch hier ergaben sich für die Judikatur wenig Schwierigkeiten⁵⁾. Sprach sich Unternehmen vor der Auftragserteilung über Kalkulationen und Preise (sei es nur telephonisch)⁶⁾ ab, um sich bei diesem und künftigen Aufträgen keine "unnötige" Konkurrenz zu schaffen und erfolgte ein "entsprechendes" Preisangebot, so ist der Nachweis einer Einigung erbracht.

Eine solche unstreitige Kartellabsprache nahm das Kammergericht auch in seiner Entscheidung vom 29.4.1975⁷⁾ an. Gerade dieses Urteil bietet sich für einen Einstieg in den Beurteilungskomplex über den Teerfarben-Fall an, weil es einen Indizienbeweis führte, dem zu folgen sich das Kammergericht in seinem zeitlich früheren Beschluß

1) vgl. WuW/E LG/AG (Düsseldorf) 159, Freunde des Großhandels vom 26.1.1960; weitergehend für abgestimmte Verhaltensweisen WuW/E OLG (Hamburg) 290 Kohlenplatzhandel vom 24.8.1959; WuW/E OLG (Düsseldorf) 725 Marktfreie Milcherzeugnisse vom 19.5.1965; WuW/E OLG (KG) 1015 Teerfarben vom 28.8.1969

2) WuW/E OLG 772 Naturstein

3) vgl. WuW/E LG/AG 163

4) WuW/E OLG 290; WuW/E OLG 725

5) vgl. WuW/E OLG 772; WuW/E BGH 495, Ausschreibung für Putzarbeiten II vom 15.2.1962, Vorinstanz WuW/E OLG (Hamburg) 441 vom 4.8.1961

6) so auch: WuW/E OLG (Celle) 522 Bahnhofsbaubau vom 23.5.1962

7) WuW/E OLG 1627 Mülltonnen

über Teerfarben nicht fähig sah. Den Beteiligten konnten in dem zugrundeliegenden Sachverhalt wettbewerbshemmende Absprachen oder diesbezügliche Unterlagen nicht nachgewiesen werden, entsprechend ließen sich die Betroffenen dahingehend ein, nie eine kartellrechtlich relevante Vereinbarung getroffen zu haben. Das Gericht wertete diese Einlassungen unter "Würdigung aller tatsächlichen Umstände" als bloße Schutzbehauptungen. Werden nämlich von vornherein aussichtslose Angebote offeriert und geben Betroffene Kalkulationen zu ihren Ungunsten auf, um dadurch sicherzustellen, daß der angestrebte Auftrag an den "Richtigen" vergeben wird, so kann ein derartiges Verhalten nur aufgrund vorheriger Einigung durchgesetzt werden.

2. Die Rechtsprechung im Teerfarbenfall

Sind Submissionsabsprachen geradezu als klassische Kartellvereinbarungen anzusehen, die sich auch anhand des Auftretens am Markt beweisen lassen, so zeigte sich der Nachweis wettbewerbsbeschränkender Verhaltensabstimmungen bei oligopolistisch strukturierten Märkten schwieriger, was sich erstmals bei den Teerfarben - Entscheidungen auswirkte¹⁾.

Abgesehen von der hier nicht interessierenden Frage, ob der (als bekannt vorausgesetzte) Sachverhalt schon auf einen Vertragsschluß i.S.d. §§ 145 ff BGB hindeutete²⁾, setzte sich das Kammergericht vor allem mit dem Problem auseinander, ob eine bindende Absprache in Form eines gentlemen's agreement vorlag. Auch hier war den Betroffenen eine Vereinbarung nicht direkt nachzuweisen, bekannt war nur, daß ein Beteiligter dem anderen Höhe

1) vgl. WuW/E OLG (KG) 1015 Teerfarben vom 28. 8. 1969; WuW/E BGH 1147

2) dafür: Mestmäcker WuW 71, 835 ff; Raiser JZ 1971, 394 ff; Willoweit NJW 71, 2045 ff; mit der Rechtsprechung dagegen: Bartholomeyczik Festschrift Heinz Kaufmann 1974 S. 39ff; Benisch WuW 71, 195ff

und Zeitpunkt einer Preisanhebung in Form eines "statements" vorankündigte. Auf dem Farbenmarkt folgte eine völlig parallel durchgeführte Preiserhöhung und zwar zum gleichen Zeitpunkt und um den gleichen Prozentsatz. Dem Kartellsenat genügte diese Marktreaktion nicht zur Annahme einer vorher vereinbarten Absprache. Als Begründung führte das Gericht an, daß, entgegen der vom BKartA vertretenen Auffassung, zwischen den Beteiligten ein gewisser oligopolistischer Marktzwang herrsche, der darin zu sehen sei, daß bei einer Ankündigung allgemeiner Preisänderungen zwischen den Beteiligten eine gegenseitige Abhängigkeit bestehe, die zu einem Parallelverhalten führen könne.

Soweit die Produkte austauschbar sind, müsse sich jeder Marktteilnehmer am niedrigsten Konkurrenzgrundpreis ausrichten um nicht seinen Marktanteil zu verlieren¹⁾. Diese und die bestätigende Argumentationsweise des BGH²⁾ zeigten deutlich auf, daß die Judikatur zum damaligen Zeitpunkt wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht verarbeitet hatte und sich auch gegen eine genauere, darauf bezogene Analyse stellte. Allein der Hinweis auf einen Marktzwang bei allgemeinen Preisänderungen offenbart, daß das KG Erhöhung und Senkung des Preises zusammenfassend betrachtete, obwohl weiterhin unbestritten ist, daß nur eine Preissenkung ein interdependentes Verhalten bei homogenen Gütern zur Folge hat³⁾. Denn gerade dann muß sich der Marktteilnehmer zwangsweise nach dem niedrigsten Konkurrenzpreis richten, allein deshalb, weil das Festhalten am höheren Preis bei der Austauschbarkeit der Güter zu einem Marktanteilsverlust führen würde.

Bei Preiserhöhung hingegen besteht für den Oligopolisten kein Zugzwang dergestalt, dem Preisinitiator

1) a.a.O., S. 1022

2) vgl. WuW/E BGH 147, 1152, 1154

3) vgl. Heuss NJW 72, 11 ff; Mestmäcker a.a.O., S. 842; Emmerich ZHR 139 (1975), 476 ff., 493 vgl. dazu auch den Beschluß des KG vom 18.3.1969 (WuW/E OLG 1024, 1026 Tennisbälle), in dem das Gericht ebenfalls eine nicht differenzierte Betrachtungsweise durchführte

zu folgen. Im Gegenteil: verweigert die Nachfrageseite die Annahme des höheren Preises, kommt der Vorreiter in die mißliche Lage, unter Verlust von Marktanteilen den Preis wieder auf das übliche Marktniveau zu senken¹⁾. Insofern ist die Bemerkung des KG, jeder Teilnehmer müsse sich am niedrigsten Grundpreis ausrichten, für die Beurteilung der Preiserhöhung irrelevant. Ebenso ungenau argumentiert der BGH, wenn er die Entscheidung des KG mit einem Literaturnachweis darauf stützt, daß die Expansionsphase ein Marktklima aufweise, in dem selbst unter Oligopolisten eine wirkliche Konkurrenz gedeihen kann aber eben nicht muß²⁾. Auf den Sachverhalt bezogen folgte daraus, daß ein Parallelverhalten auf eine diesbezügliche Einigung hinweisen kann, letztlich aber nicht dazu zwingt, weil eben möglicherweise doch keine Konkurrenz zwischen den Marktteilnehmern besteht und das konstatierte Verhalten mithin auf einem Marktzwang beruht. Die Frage, ob eine Expansionsphase mit fehlender Reaktionsverbundenheit auf dem Teerfarbenmarkt vorlag, läßt der BGH allerdings unter Hinweis auf recht formalistische Gründe gänzlich unbeantwortet.

Mit der dargestellten Argumentationsweise werteten letztlich beide Gerichte den Nachweis einer Preisvereinbarung für nicht erbracht. Dies führte dazu, daß im Zusammenhang mit der Nichtberücksichtigung "bewußt gleichförmigen Verhaltens" bei der Anwendung des § 1 GWB³⁾ eine für den oligopolistisch strukturierten Markt typische Verhaltenskoordination⁴⁾ nicht von dem Kartellverbot erfaßt wurde.

Diese Beweisführungsschwierigkeiten sollten nicht zuletzt durch die Neufassung des § 25 I GWB entschärft werden, der bei mangelndem Nachweis eines Vertrages i.S.d. § 1 GWB die Möglichkeit schuf, das Verhalten der Be-

1) vgl. dazu auch S. 26

2) a.a.O., S. 1152

3) vgl. BGH a.a.O., S. 1153

4) vgl. Raiser JZ 1971, S. 394; Heuss a.a.O.

teiligten durch § 25 I GWB zu erfassen¹⁾.

Setzte sich das KG hauptsächlich mit der Beweisproblematik auseinander, so nutzte der BGH den Teerfarbenfall in seiner Revisionsentscheidung zu einer grundsätzlichen Stellungnahme über die Prinzipien, die bei der Auslegung des Vertragsbegriffes in § 1 GWB zu gelten haben.

"Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 1 GWB, die Gesetzessystematik des GWB und nicht zuletzt ...

Art. 103 II GG" gebieten es, auf den Vertragsbegriff des GWB uneingeschränkt die allgemeinen Regeln des BGB über das Zustandekommen eines Vertrages anzuwenden²⁾.

Mit dieser Behauptung, die an keiner Stelle des Urteils näher begründet wurde³⁾, verwarf der BGH zugunsten einer wortgetreuen Auslegung sämtliche Ansätze, auch bei dem Tatbestandsmerkmal des Vertrages wettbewerbspolitische Aspekte miteinzubeziehen und einer eigenständigen Auslegung den Vorzug zu geben.

Einer uneingeschränkten Übernahme der §§ 145 ff BGB auf § 1 GWB stehen dabei schon die verschiedenen Normzwecke von bürgerlichem Recht und Kartellrecht entgegen. Das bürgerliche Recht geht von dem Grundsatz der Privatautonomie aus, also der Möglichkeit, Beziehungen untereinander innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäfte zu regeln⁴⁾. Dieser Grundsatz zeigt sich hauptsächlich in der Vertragsfreiheit des Einzelnen, die sich in der Ungebundenheit bezüglich des Abschlusses und der

1) vgl. Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 32; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 21 Rdnr. 11

2) vgl. BGH a.a.O., S. 1153

3) vgl. dazu die Kritik von Raiser a.a.O., S. 395 f.

4) Larenz BGB AT §2 II e

inhaltlichen Gestaltung von Verträgen ausdrückt. Entsprechend läßt das bürgerliche Vertragsrecht Inhalt und Zweck eines Vertrages jedenfalls innerhalb der Grenzen von §§ 138 und 226 BGB unberührt und regelt nur Zustandekommen, Abwicklung und Beendigung vertraglicher Absprachen sowie die sich daraus ergebenden Pflichten¹⁾. Voraussetzung und Ausgangspunkt des Prinzips der Privatautonomie ist die relative Machtlosigkeit der Vertragspartner, die es eben zuläßt, jeglichen Regelungsinhalt der Willkür der Parteien zu überlassen, was nicht zuletzt auch ein Rückschluß aus §§ 138 und 226 BGB aufzeigt²⁾.

Demgegenüber schützt § 1 GWB Dritte vor wettbewerbsbeschränkendem Verhalten, um dadurch auch deren Möglichkeit zu privatautonomen Regelungen offenzuhalten. Die relative Machtlosigkeit der Vertragsparteien liegt nicht mehr vor, wenn diese Vereinbarungen schließen, die die wettbewerbliche Freiheit anderer tangieren. Insofern knüpft auch das Kartellverbot an den Grundsatz der Privatautonomie an, indem es die Voraussetzung der Machtlosigkeit materialisiert. Ansatzpunkt für § 1 GWB muß aber dann, genau im Gegensatz zum bürgerlichen Vertragsrecht, der Inhalt und Zweck der vereinbarten Regelung sein, die, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Zielsetzungen verfolgt, der richterlichen Nachprüfung unterliegt.

War die formalistische Betrachtungsweise des BGH somit schon unter dogmatischen Gesichtspunkten der Kritik ausgesetzt, so stellten sich die Auswirkungen, die dieser Standpunkt für die Wettbewerbspolitik gegenüber Kartellen bedeutete, unter einem noch grellerem Licht dar³⁾. Abgesehen davon, daß der Kartellsenat mit dieser Auslegung oligopolistische Verhaltensabstimmungen aus dem Kartellverbot ausklammerte, zeigte sich die Beurteilung der

1) vgl. Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 35

2) Mestmäcker a.a.O., S. 841

3) siehe dazu die Kritik des BKartA im Tätigkeitsbericht 1970 BT Drucks. VI/2380

gentlemen's agreements durch die Rechtsprechung offener denn je, zumal auch frühere Entscheidungen des BGH keine eindeutige Stellungnahme zu diesem Problemkreis aufwiesen¹⁾. Entsprechend bildeten sich in der Literatur unter Heranziehung verschiedener Gesichtspunkte der Entscheidung unterschiedliche Meinungen aus²⁾; auf deren Darstellung soll hier allerdings verzichtet werden, da der BGH in neueren Urteilen eindeutig zu diesem Problemkreis Stellung nahm.

3. Die jüngere Rechtsprechung

Vermochte die Anlehnung des § 1 GWB an die §§ 145 ff BGB schon aus den verschiedenen Normzwecken der Gesetze nicht zu überzeugen, so zeigte das Urteil des KG vom 12. 11. 1971³⁾ deutlich auf, zu welchen Ungereimtheiten eine unkritische Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften auf das Kartellverbot führen kann.

Unter Berufung auf die Teerfarben-Entscheidung des BGH wandte das KG § 154 BGB an und führte aus, daß ein Vertrag (auch im Sinne des GWB) im Zweifel nicht geschlossen ist, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch

- 1) für eine Einbeziehung nur WuW/E BGH 495 Putzarbeiten II; WuW/E BGH 602 Schiffspumpen vom 22. 1. 1964: hier wurde eine als gentlemen's agreement bezeichnete Vereinbarung vom BGH als rechtlich verpflichtende Abrede qualifiziert, die Einbeziehung auch abgestimmter Verhaltensweisen unter § 1 GWB in WuW/E BGH 369, 371 Kohlenplatzhandel vom 14. 1. 1960 stellt nur ein obiter dictum dar; a.A. Emmerich a.a.O., S. 482
- 2) für eine Einbeziehung unter § 1 GWB: Emmerich a.a.O., S. 484; Raiser a.a.O., S. 395; dagegen: Willoweit, a.a.O., S. 2049 m.w.N.; Bartholomeyczik a.a.O., S. 53 ff; offengelassen Benisch a.a.O., S. 196; Moeschel, 70 Jahre Deutsche Kartellpolitik, S. 22 ff; Sandrock, WuW 71, S. 859 ff m.w.N.
- 3) WuW/E OLG 1219 Ölfeldrohre; Revision: WuW/E BGH 1276 vom 12. 7. 1973 Bestätigung aus anderen Gründen

nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat¹⁾. Bezogen auf den Sachverhalt ergab sich, daß eine Teil-einigung über die Einhaltung von Maximalrabatten, Ab-stimmungs- und Meldepflichten sowie über Grundregeln der Preisbestimmung trotz deren Praktizierung nicht unter § 1 GWB gefallen ist, weil über andere, wesentliche Ver-tragspunkte wie z.B. Frachtregelungen, Berechnungsweisen von Schutzgewährungen und Frage der Lagerhaltung keine Übereinkunft erzielt wurde. Diese Entscheidung wurde zu Recht überwiegend kritisiert²⁾, da die Anwendung des § 154 BGB den Parteien letztlich ermöglicht, sich den Sanktionsfolgen des Kartellverbots zu entziehen, indem sie einige Vertragspunkte ungeklärt lassen.

Sah sich das KG noch im Teerfarben-Fall außerstande, wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse bei der Be-weisführung zu verwerten, so zeichnete sich durch ein neueres Urteil dieses Gerichtes³⁾ eine Wende ab. Wenn diese Entscheidung, die sicherlich im Zusammenhang mit den grundlegenden Urteilen über die Marktinformationsver-fahren zu sehen ist⁴⁾, schon zum jetzigen Zeitpunkt zur Sprache kommt, so deshalb, weil das KG den Nachweis einer Quotenabsprache, also eines Vertrages i.S.d. § 1 GWB, nicht direkt führen konnte. Zu beurteilen war ein Marktinforma-tionsvertrag dreier Beteiligten in einem engen Oligopol, der eine Quotenvereinbarung nicht enthielt.

1) a.a.O., S. 1220

2) Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 36 m.w.N.; Langen/Nieder-leithinger/Schmidt widersprüchlich, vgl. § 1 Rdnr. 15 und Rdnr. 17; Möhring/Illert BB 74, 817 ff; zustimmend: Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 24

3) WuW/E OLG 1738 Feltbase vom 23. 6. 1976

4) vgl. dazu S. 101, 125

Entsprechend ließ sich einer der Betroffenen ein, er habe nie die Absicht gehabt, einer Quotierung des Feltbasemarktes zuzustimmen und sich demgemäß festzulegen. Das Gericht wertete diese Einlassung als bloße Schutzbehauptung sowie als unbeachtlichen, geheimen Vorbehalt. Der Nachweis einer über den Vertragsinhalt hinausgehenden Einigung in Form eines gentlemen's agreement sei eindeutig erbracht, weil der Informationsvertrag den Verzicht enthielt, künftig vorstoßenden Wettbewerb auf Kosten der Vertragspartner zu betreiben¹⁾. Dabei unterstellte das KG den Beteiligten den Willen, durch den Informationsaustausch eine Beruhigung des Oligopolmarktes zu erreichen; die moralische Verpflichtung der Einhaltung der Quotenregelung sah der Senat auch deshalb als erwiesen an, weil sich ein Betroffener durch einen inhaltlich entgegenstehenden Brief eines anderen Beteiligten enttäuscht zeigte. Im Vergleich zum Teerfarbenfall begründete das KG hier eine Vertragsabsprache unter Berücksichtigung der Interdependenz auf dem Oligopolmarkt, kommt aber im Gegensatz zum früheren Beschluß zu der Erkenntnis, daß vorstoßende Verhaltensweisen selbst nicht auf eine Reaktionsverbundenheit zurückzuführen sind. Sie können aber zu einer Beunruhigung des Marktes führen und deshalb ein Regelungsbedürfnis der Betroffenen auslösen, solche Markthandlungen, soweit durch sie aggressive Marktpolitik betrieben wird, möglichst auszuschließen.

Insoweit kann für den umgekehrten Fall eines Preisvorstosses nichts anderes gelten, nur daß hier das Sicherheitsbedürfnis des Initiators überwiegt²⁾.

Folgte aus dem Feltbase-Urteil, daß unter den Vertragsbegriff des § 1 GWB nach Ansicht des KG auch Willensübereinstimmungen ohne Entstehung klagbarer Ansprüche fallen³⁾,

1) a.a.O., S. 1740

2) vgl. S. 22

3) so auch WuW/E OLG (KG) 1449 bitumenhaltige Bautenschutzmittel vom 8. 2. 1974

so nutzte der BGH in seinem Beschluß über die Zementverkaufsstelle Niedersachsen die Gelegenheit um klarzustellen, daß gentlemen's agreements unter das Kartellverbot fallen, und räumte die diesbezüglich nach dem Teerfarben-Fall entstandenen Zweifel aus dem Weg¹⁾.

In der Vorinstanz zu diesem Beschluß hatte das KG in einer Hilferwägung seine Entscheidung nicht nur auf § 1 GWB, sondern auch auf § 25 I GWB gestützt. Der BGH würdigte diesen Sachverhalt demgegenüber nur im Hinblick auf einen Kartellverstoß und führte aus, daß eine vertragliche Verpflichtung "durch die gemeinsame Erwartung auf das von den gemeinsamen Zielvorstellungen her gesehen kaufmännisch vernünftige Verhalten eines jeden Vertragsbeteiligten ersetzt wird"²⁾.

Interessant ist an dieser Entscheidung des weiteren, daß der Kartellsenat die Vertikal- und Horizontalverträge, die zur Funktionssicherung der Verkaufsstelle geschlossen werden, bei der Frage, ob eine Vereinbarung i.S.d. § 1 GWB vorlag, in ihrem sachlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang überprüfte. So war für den BGH der Nachweis einer Einigung deshalb erbracht, weil bei wirtschaftlich-rationaler Betrachtungsweise der Beteiligten ein wettbewerbsbeschränkender Absatz nur über diese, eben aus demselben Grund unterhaltenen Vertriebsgesellschaften, bezweckt war. Dieses Ziel war für die Betroffenen bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht nur eine Wunschvorstellung, sondern darüber bestand nach Auffassung des Gerichtes einmütiger Konsense.

Offen bleibt allerdings noch, ob der BGH jegliche außerrechtliche Faktoren, also auch moralischen Druck, guten Willen und kaufmännische Anständigkeit für die Bejahung eines gentlemen's agreement genügen läßt.

Anlaß für eine einschränkende Betrachtungsweise könnte das Urteil vom 22. 4. 1980³⁾ geben, in dem der Senat betonte,

1) WuW/E BGH 1367 vom 19. 6. 1975; Vorinstanz : WuW/E OLG (KG) 1487 vom 21. 6. 1974; vgl. Ausführlich S. 103 f

2) a.a.O., S. 1373

3) WuW/E BGH 1707 Taxi-Besitzvereinigung vom 22. 4. 1980; Vorinstanz: WuW/E OLG (Celle) 2045 vom 29. 1. 1978

daß solche Tatbestände unter § 1 GWB fallen, bei denen die Entschließungsfreiheit im Rechtssinne nicht tangiert ist, "bei denen aber vertragliche oder satzungsmäßige Bindungen bestehen, die den Gebrauch dieser Freiheit mit bestimmten Nachteilen verknüpfen".

Es erscheint allerdings nicht zulässig, aus dieser Entscheidung eine generelle Einschränkung des § 1 GWB hinsichtlich der aufgeführten Bindungen anzunehmen. Vielmehr deuten die teils widersprüchlichen Urteilsgründe darauf hin, daß der BGH weniger die Qualität und Voraussetzungen einer vertraglichen Absprache festlegen wollte ¹⁾, sondern sich mehr damit beschäftigte, welches Ausmaß eine wettbewerbliche Beschränkung erreichen muß ²⁾. Wenn der Kartellsenat an die o.g. Bindungen anknüpft, so tritt er mit dieser Aussage hauptsächlich der gegen-
teiligen Auffassung des Berufungsgerichtes entgegen, ohne eine allgemein gültige Einschränkung über diesen Einzelfall hinaus treffen zu wollen. Für diese Annahme spricht die in der Urteilsbegründung getroffene Formulierung, daß § 1 GWB auch (aber eben nicht nur) die genannten Tatbestände erfaßt ³⁾.

1) so wohl: Müller-Henneberg im GK §1 RdNr. 27;
van Venrooy DB81, 879f

2) vgl. deshalb ausführlich S. 134 ff

3) a.a.O., S. 1707

4. Zusammenfassung

Bei der Auskleidung des Vertragsbegriffes in § 1 GWB lehnte sich die Rechtsprechung zwar grundsätzlich an die zivilrechtlichen Regeln an, stellte aber schon früh fest, daß eine uneingeschränkte Übernahme der Rechtsge-
schäftslehre aufgrund der sich daraus ergebenden Umgehungs-
möglichkeiten des Kartellverbots zu unbilligen Ergeb-
nissen führen würde.

So ist schon bald von den unteren Gerichten auf das Er-
fordernis des Rechtsfolgewillens verzichtet worden, um so
auch Vereinbarungen erfassen zu können, die zwar von den
Betroffenen nicht als rechtlich verbindlich angesehen
wurden, welche aber durch außerrechtliche Faktoren eine
ebenso starke Bindungswirkung erlangten (gentlemen's
agreement). Allerdings fand eine weitergehende Abkopplung
von der zivilrechtlichen Betrachtungsweise, um dem Norm-
gehalt des Kartellverbots besser zu entsprechen, in den
Teerfarben-Entscheidungen des KG und des BGH nicht statt.
Im Gegenteil, der BGH stellte heraus, daß auf den Vertrags-
begriff uneingeschränkt die Regeln des BGB zur Anwendung
kommen sollten.

Abgesehen von der mangelnden Auseinandersetzung mit wirt-
schaftswissenschaftlichen Erkenntnissen bedeutete diese
Entscheidung letztlich, daß zu Gunsten einer formalen
Betrachtungsweise wettbewerbsbeschränkende Verhaltens-
weisen auf dem Oligopolmarkt dem Anwendungsbereich des
§ 1 GWB entzogen wurden.

Diese restriktive Wettbewerbspolitik lockerte sich aller-
dings in den jüngeren Entscheidungen der Judikatur.
Sachliche und wirtschaftliche Zusammenhänge wurden ebenso
wie wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse zum Nachweis
einer vertraglichen Einigung verwertet, wobei sich der
BGH ausdrücklich für eine Einbeziehung der gentlemen's
agreements aussprach. Unter das Kartellverbot können dem-

nach alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen fallen, in denen einer Verhaltenskoordination der Parteien geregelt und festgelegt wird, wobei sich die Verpflichtung der Beteiligten zur Einhaltung der Abrede sowohl aus rechtlichen- wie auch außerrechtlichen Gründen ergeben kann.

III. Der gemeinsame Zweck

Das Kartellverbot des § 1 GWB erfaßt nur solche Verträge, die zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen wurden. Die Funktion dieses Tatbestandsmerkmals wird allgemein darin gesehen, Kartelle i.S.d. §§ 1 - 14 GWB von den Individual- oder Austauschverträgen i.S.d. §§ 15 - 21 GWB abzugrenzen, eine Unterscheidung, die schon im Hinblick auf die verschiedenen Rechtsfolgen von Bedeutung ist¹⁾. Die Interpretation des "gemeinsamen Zwecks" durch die Rechtsprechung war seit Erlaß des GWB einer ständigen Entwicklung unterworfen, wobei vor allem Urteile aus jüngerer Zeit Anlaß zu einer neuen Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals gaben und eine kontrovers geführte Diskussion auslösten.

1. Die frühe Rechtsprechung

a. Produktions-, Gebiets- und Kundenabsprachen

In der Gasglühkörper-Entscheidung²⁾ aus dem Jahre 1959 stellte der BGH erstmalig Grundsätze auf, wie das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks auszulegen war.

Die Betroffenen hatten eine Produktionsvereinbarung geschlossen in der sich die eine Partei verpflichtete, Maschinen und Warenzeichen zur Verfügung zu stellen und sich weiterhin einem Wettbewerbsverbot auf dem Markt für Glühkörper unterwarf. Dafür räumte ihr die Gegenpartei, die die Fertigung übernahm, eine Gewinnbeteiligung sowie die Verpflichtung ein, eine gewisse Menge der Produktion unter einem bestimmten Warenzeichen zu vertreiben.

Das Kammergericht hatte in der Vorinstanz diesen Vertrag als einen partiarischen Leistungsaustauschvertrag eingestuft und auch der BGH knüpfte bei der Qualifizierung der Vereinbarung an zivilrechtliche Grundmuster an. Zu fordern war demnach ein Gesellschaftsvertrag i.S.d. § 705 BGB mit der

1) vgl. Emmerich § 6, 3b; Westrick/Loewenheim / 1 Rdnr. 38; Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 1 Rdnr. 19; a.A. K. Schmidt, Kartellverbot S. 55

2) WuW/E BGH 359

Konsequenz, daß, unabhängig von der Frage, ob eine solche Vereinbarung eine gegenseitige ist¹⁾, Austauschverträge jedenfalls dem Anwendungsbereich des § 1 GWB nicht unterfielen.

Mit dem notwendigen Nachweis einer gesellschaftsrechtlichen Vertragsstruktur folgte der Kartellsenat dem Gesetzgeber, der sich bei Erlaß des GWB an die von der Kartellformenlehre beeinflusste Kartellverordnung von 1923 anlehnte²⁾. Entsprechend dieser Fragestellung befaßte sich das Gericht allein mit dem Problem, ob die Vereinbarung in ihrer Gesamtheit die genannte Struktur aufwies, ohne sich näher mit der eigentlich wettbewerbsbeschränkenden Abrede, dem Wettbewerbsverbot, zu befassen. Dabei fiel dem BGH eine Abgrenzung zu dem vom Berufungsgericht bejahten partiarischen Rechtsverhältnis sichtlich schwer. Mit der Feststellung, daß der gemeinsame Zweck eigennützige Interessen der Gesellschafter nicht ausschließt und somit der Endzweck der Gesellschaft nicht gemeinschaftlich zu sein braucht, knüpfte der Kartellsenat an privatrechtliche Grundsätze an, ohne damit kartellrechtliche Besonderheiten zu statuieren³⁾ und ohne der Qualifizierung des Vertrages als Kartellvertrag näherzukommen. Letztlich entscheidend für die obige Abgrenzung war die Frage, ob die Betroffenen den Zweck der Absprache gemeinsam verfolgten, oder ob nur ein gleichgerichtetes Interesse der Parteien vorlag⁴⁾. Das Interesse der Beteiligten lag sicherlich in der Erzielung eines möglichst hohen Ertrages oder Gewinns, die gemeinsame Förderung der Gesellschaft sah der BGH hauptsächlich auch in der Verpflichtung der Klägerin, sich während der Dauer des Vertrages jeden Wettbewerbs zu enthalten, für erfüllt an. Schließlich führte diese Argumentation zu dem Ergebnis, daß sich der Vertrag nach Meinung des Gerichts als Gesellschaftsvertrag darstellte.

1) vgl. statt aller: Hueck § 6 II 3

2) vgl. Fikentscher Festschrift Westermann 1974, S.101;
K. Schmidt, Kartellverbot S. 3ff

3) so aber Ohlgart Rabels Z 1973, 548 f.

4) vgl. grundlegend Hueck § 5 I4

So sehr das Ergebnis der Gasglühkörper-Entscheidung zu begrüßen ist, so weist die Begründung aber auch darauf hin, daß der Kartellsenat zum damaligen Zeitpunkt nicht bereit war, dem "gemeinsamen Zweck" in § 1 GWB eine eigenständige Interpretation zukommen zu lassen. Eine dem Normzweck des Kartellverbots angelehnte Auslegung weist das Urteil m.E., entgegen der Ansicht von Offterdinger¹⁾, nicht auf. Denn mit der teilweise schwierig durchzuführenden Abgrenzung²⁾ des gemeinsam verfolgten und geförderten Zwecks vom gleichgerichteten Interesse begab sich der BGH auf privatrechtliches Gebiet. Diese Differenzierung erscheint aber gerade im Hinblick auf den Normgehalt des Kartellverbots unnötig, da es nicht entscheidend sein kann, ob das Wettbewerbsverbot sowie einige Nebenabsprachen in eine partiarisch- oder gesellschaftlich-strukturierte Vereinbarung einbezogen werden³⁾.

Um diese Abgrenzung zu vermeiden, bot der Kartellsenat selbst einen möglichen Lösungsansatz, indem er zur Erfüllung des gemeinsamen Zwecks auch "gesellschaftsähnliche Verträge" genügen ließ. So sind es aber gerade partiarische Verträge, die, unabhängig von den zivilrechtlichen Unterschieden, ein "gesellschaftsähnliches Element" aufweisen⁴⁾. Wenn der BGH die obige Abgrenzung trotz der ähnlichen Struktur dennoch durchführte, so kann daraus nur gefolgert werden, daß das Gericht im Zeitpunkt der Entscheidung die zivilrechtliche Vertragslehre, ungeachtet der Relevanz für das Kartellverbot, auf § 1 GWB transponiert hat. Jedenfalls blieb der Ansatz eines "gesellschaftsähnlichen" Vertrages nur eine Leerformel.

Zum damaligen Zeitpunkt weitaus wichtiger war allerdings die Stellung des BGH zu der Frage, ob der gemeinsame Zweck auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse gerichtet sein muß. Hier bildete sich die Meinung aus, daß der Systematik des GWB

1) vgl. Offterdinger, Methode der Rechtsfindung, S. 3 f

2) vgl. dazu BGH NJW 51, 308

3) so aber Fikentscher a.a.O., S. 101

4) Larenz SchuldR II § 62 IId; Palandt Thomas § 705, 10 m.w.N.

und dem Charakter speziell der §§ 1 - 8 GWB nur Rechnung getragen wird, wenn die Betroffenen durch den vertraglichen Verzicht ihrer Handlungsfreiheit die gemeinsame Marktbeeinflussung bezwecken¹⁾.

Dieser Auffassung trat der Kartellsenat in der Gasglühkörper-Entscheidung und allen darauf folgenden Urteilen entgegen, indem er herausstellte, "daß die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs genüge, ohne daß die Marktbeeinflussung bezweckt sein braucht"²⁾. Mit der h.M. in der Literatur³⁾ begründete das Gericht diesen Standpunkt mit den Schwierigkeiten, die sich bei dem Nachweis subjektiver Tatbestandsmerkmale ergäben und die dem Ziel einer umfassenden Bekämpfung wettbewerbsbeschränkende Verträge entgegenstünden.

Eine weitere wichtige Entscheidung bezüglich der Behandlung von Produktionsverträgen stellte das Urteil des BGH vom 20. 5. 1966⁴⁾ dar, in dem die Trennung von Gesellschafts- und Austauschvertrag für die Beurteilung des gemeinsamen Zwecks fortgesetzt wurde.

Die darin Betroffenen gründeten zur Fortentwicklung und späterem Verkauf von Fotokopiergeräten eine GmbH. Während der eine Gesellschafter sein know how und Unterlagen des von ihm entwickelten Gerätes zur Verfügung stellte, sollte der andere Beteiligte die Herstellung des Fotokopierers übernehmen. Entsprechend schloß der erste Gesellschafter mit der gegründeten GmbH einen Lizenz-, der zweite einen Produktionsvertrag. Letzterer war Gegenstand des Rechtsstreits. Er enthielt für die Dauer und nach Beendigung der Vereinbarung ein Wettbewerbsverbot sowie eine Vertragsstrafe im Falle der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot.

1) vgl. Müller-Henneberg im GK §1 Rdnr. 34 f m.w.N.; im Hinblick auf die Rechtsprechung zu § 1 KartellVO: Lieberknecht/Gnauk BB 63, 1067 ff., 1070

2) a.a.O., S. 363

3) vgl. Baumbach/Hefermehl Anm. 17, 45; Langen/Niederleithinger/Schmidt §1 Rdnr.20; Westrick/Loewenheim, §1 Rdnr. 41

4) WuW/E BGH 810 ff. Zimcofet

Der BGH befaßte sich in der Urteilsbegründung zunächst nur mit dieser Produktionsvereinbarung und qualifizierte sie in ihrer rechtlichen Natur als Austauschvertrag. Wie schon in der Gasglühkörper-Entscheidung blieb die Ausgestaltung der wettbewerbsbeschränkenden Abrede, insbesondere Art, Dauer und Notwendigkeit des Konkurrenzverbotes, der Beurteilung unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten entzogen. Vielmehr stellte das Gericht Rechte und Pflichten der Parteien gegenüber und lehnte die Anwendung des § 1 GWB ab.

Unter der Prämisse, daß Austauschverträge dem Kartellverbot grundsätzlich nicht unterfallen, ist diese Beurteilung nicht zu beanstanden. Wirtschaftliche Auswertung der in dem Kopierer verkörpertem technischen Leistung trotz fehlender Fabrikationsmöglichkeiten stehen in einem Synallagma zu der gewinnver sprechenden Fertigung durch vertraglich abgesicherte Lieferkontingente.

Des weiteren führte der BGH in seiner Begründung an, daß auch keine gemeinsamen Einrichtungen vorhanden waren, die auf eine gesellschaftsrechtliche Bindung deuteten. Auch wenn das Gericht feststellte, daß eine institutionelle Mindestorganisation nicht zwingend notwendig war, sondern nur Rückschlüsse auf die Verfolgung des gemeinsamen Zwecks gestattet hätte, zeigt sich hier in Verbindung mit der erstbesprochenen Entscheidung deutlich, wie sehr sich die Rechtsprechung dem bürgerlichen Recht bei der Beurteilung des § 1 GWB annäherte und eine Gesellschaft i.S.d. §§ 705 ff. BGB auch für das Vorliegen eines Kartells forderte. Dabei wurde der mögliche Ansatz an ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis auch in dieser Entscheidung zwar erwähnt, aber nicht näher konkretisiert.

Letztlich entscheidend für die Ablehnung einer kartellrechtlichen Absprache war allerdings die Weigerung des BGH, die Verträge, die mit der Gründung der GmbH abgeschlossen wurden, in ihrer wirtschaftlichen Gesamtheit zu betrachten, was von der Revision vergeblich gefordert wurde. Es hätte sich dann nämlich gezeigt, daß die zu beurteilende Produktionsvereinbarung nur

ein Element eines Vertragswerkes darstellte, das sich erst im Zusammenspiel mit dem Lizenz- sowie dem Gesellschaftsvertrag der GmbH zu einem Ganzen vervollständigte.

So wurde die GmbH zweifellos zu dem gemeinsamen Zweck gegründet, daß Fotokopierverfahren fabrikationsreif zu entwickeln und wirtschaftlich zu verwerten. Gesichert wurde dieses Vorhaben durch die beiden Begleitverträge, in denen einerseits das know how und andererseits die Herstellungsmöglichkeit durch die Gesellschafter beigetragen wurden. Ein wirtschaftlich betrachtet gleiches Ziel hätten die Betroffenen beispielsweise auch erzielen können, wenn sie ihre Beiträge nicht in zwei gesonderten Austauschverträgen angekoppelt, sondern direkt im Gesellschaftsvertrag als Förderung des gemeinsamen Zieles verankert hätten. Der Kartellsenat hingegen verschloß sich dieser Betrachtungsweise und stellte demgegenüber fest, daß die im Produktionsvertrag getroffene Regelung in sich erschöpfend war und darüberhinaus deren Durchführung keine gesellschaftsrechtliche Bindung vorausgesetzt hätte¹⁾. Da der Lizenzvertrag weiterhin nicht zwischen den Parteien des zu beurteilenden Vertrages vereinbart wurde, sondern unter Zwischenschaltung der GmbH, sah der BGH keine Veranlassung, die Produktionsvereinbarung als Kartellvertrag zu qualifizieren²⁾.

Schon die Ausführungen zum Vertragsbegriff zeigten³⁾, daß der Kartellsenat in späteren Entscheidungen sachliche und wirtschaftliche Erwägungen bei der Beurteilung von Verträgen mit einbezog und damit eine Entwicklung auslöste, die auch für die Beurteilung des gemeinsamen Zwecks von Bedeutung war, worauf später einzugehen sein wird⁴⁾. Jedenfalls sah sich der BGH im Jahre 1966 noch nicht bereit, eine Gesamtbetrachtung der dargestellten Art durchzuführen.

Eine den Produktionsverträgen ähnliche Konstellation ergab sich bei Vereinbarungen, in denen Gebiets- Kunden- oder Aufgabenabgrenzungen vorgenommen wurden, weil auch bei diesen Abreden eine

1) a.a.O., S. 815

2) a.a.O., S. 816

3) s.S. 26 ff

4) vgl. vor allem zu den Sternverträgen S. 52 ff

gesellschaftsrechtliche Struktur oft nicht genau nachzuweisen war. In einer sehr frühen Entscheidung vom 5. 3. 1959¹⁾ hatte sich das OLG München mit einem Vertrag zu befassen, der die Abgrenzung von Interessengebieten zweier Zeitungsverleger regelte. Offenbar unter dem Eindruck des Dekartellierungsrechts, das ein Per-se-Verbot für horizontale Absprachen enthielt, bejahte das Gericht das Vorliegen eines Kartellvertrages i.S.d. GWB. Die gemeinsame Zweckverfolgung, den regionalen Zeitungsmarkt durch gegenseitige Konkurrenzverbote zu regeln, stelle ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis im Sinne einer Kartellabsprache dar.

Der BGH tat sich bei einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 schon schwieriger, in der ein ähnlicher Sachverhalt zu beurteilen war²⁾.

Bei einem Vertrag, der eine räumliche Interessenabgrenzung unter den Beteiligten regelt, "kann (es) zweifelhaft sein, ob schon allein hierin ein i.S.d. § 1 GWB gemeinsamer Zweck gesehen werden kann"³⁾. Probleme bereitete dem Gericht die Tatsache, daß die betroffenen Unternehmen zur Erreichung des o.g. Ziels ungünstig gelegene Parzellen wechselseitig austauschten, sodaß das Vertragswerk auch als Zusammenfassung gegenseitiger Austauschinteressen aufgefaßt werden konnte.

Letztlich sprach sich der Kartellsenat zwar doch für eine Anwendung des § 1 GWB aus, mit der Begründung, daß möglicherweise noch freie, nicht dem Tausch unterliegende Grundstücke unter die Vereinbarung fielen und außerdem noch andere Nebenpunkte der Absprache auf eine Abmachung mit

1) WuW/E OLG 313 Tageszeitungen

2) WuW/E BGH 605 Flußspat vom 1.7.1964

3) a.a.O., S. 607

"gesellschaftsrechtlichem Gepräge" deuteten¹⁾.

Entscheidend war demnach auch hier nicht das überhaupt nicht näher untersuchte Konkurrenzverbot, sondern die Qualifizierung der Vereinbarung als Gesellschaftsvertrag, ein Resultat, daß nochmals die Anlehnung der Judikatur an zivilrechtliches Gedankengut bei der Interpretation des gemeinsamen Zwecks aufwies, ohne daß dadurch ein wettbewerbspolitisch überzeugendes Konzept verfolgt werden konnte.

b. Submissionsabsprachen

Eine weitere Gruppe von Verträgen, die die frühe Rechtsprechung und hier vor allem die Oberlandesgerichte beschäftigte, stellten die Submissionsabsprachen dar²⁾. Zeigten schon die Ausführungen zum Vertragsbegriff, daß die Judikatur den Nachweis einer Einigung in solchen Fällen für durchgehend erbracht ansah³⁾, so wurde auch das Vorliegen des gemeinsamen Zwecks von den Gerichten ausnahmslos bejaht. Eine genauere Analyse der Entscheidungen wird aber aufzeigen, daß eine gemeinsame Zweckverfolgung der zu beurteilenden Absprachen i.S.d. bisher aufgezeigten, restriktiven Auslegung nicht immer nachzuweisen war.

Mit der Rechtsnatur eines Submissionskartells im Lichte des § 1 GWB beschäftigte sich schon früh das OLG Hamburg in

-
- 1) vgl. bezüglich einer Aufgabenbegrenzungsabsprache mit mit ähnlicher Begründung: WuW/E OLG (Frankfurt) 945 ZMR vom 28.3.1968
 - 2) vgl. WuW/E OLG (Hamburg) 441 Ausschreibung für Putzarbeiten vom 14.8.1961, Revision WuW/E BGH 495 vom 15.2.1961; WuW/E OLG (Celle) 439 Malermeister vom 22.12.1961; WuW/E OLG (Celle) 522 Bahnhofsbau vom 23.5.1962; WuW/E OLG (Stuttgart) 699 vom 23.7.1964; WuW/E OLG (Celle) 772 Naturstein vom 11.10.1965
 - 3) vgl. S.19 f

seiner Putzarbeiten-Entscheidung¹⁾. Das Gericht sah den gemeinsamen Zweck der Vereinbarung in der Vortäuschung eines Preiswettbewerbs vor der Baubehörde, während es in Wahrheit der Verständigung der Betroffenen oblag, den Auftrag durch die Abgabe von Schutzangeboten sich untereinander zuzuspielen²⁾.

Mit dieser Begründung stand das Gericht im Einklang mit der scharfen Grenzziehung des BGH zwischen gegenseitigen- und austauschenden Verträgen. Die Beteiligten kleideten ihre Verhaltensabstimmungen im vorliegenden Sachverhalt nicht in ein Synallagma ein, sondern unterstützten ein Unternehmen durch Scheinangebote, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Grund für dieses Verhalten war die Tatsache, daß sie an der aktuellen Ausschreibung kein Interesse hatten, andererseits bei der Baubehörde nicht in Vergessenheit geraten wollten und sich schließlich durch die Unterstützung eine spätere Hilfe bei anderen Aufträgen ausrechnen konnten³⁾.

Insofern war der Submissionsabsprache eine gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung nicht abzusprechen, wobei der gemeinsame Zweck durch die Abgabe der manipulierten Angebote gefördert wurde.

Eine andere Beurteilung hätte sich aber bei des Beschlüssen des OLG Stuttgart⁴⁾ und des OLG Celle⁵⁾ ergeben können. Zwar zeigte sich auch bei den dabei zu beurteilenden Sachverhalten die gleiche Zielsetzung, nämlich das Vortäuschen von Wettbewerbs. Erreicht wurde das übereinstimmende Verhalten aber nicht durch einen gesellschaftsähnlichen Zusammenschluß, sondern durch einen gegenseitigen Leistungsaustausch.

Hier verzichtete ein Konkurrent gegen Zahlung einer

1) WuW/E OLG 441

2) a.a.O., S. 442

3) entspr. Sachverh. auch bei: WuW/E OLG 439; WuW/E OLG 523

4) WuW/E OLG 699

5) WuW/E OLG 772

"Abstandssumme" auf die Abgabe eines Kostenvoranschlags, was letztlich einem Verkauf von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten gleichkam. Unter Verweis auf die Gasglühkörper-Entscheidung des BGH bejahte das Gericht den gemeinsamen Zweck im Hinblick auf den Gesichtspunkt, daß das Interesse der Beteiligten dahin ging, den Auftrag an den interessierten Unternehmer "zu lenken", weil nur dann die Abstandssumme fällig wurde. "Das Interesse beider war somit auf das gleiche Ziel ausgerichtet"¹⁾.

Allein diese Begründung kann hier nicht überzeugen. Betrachtet man sich die restriktive Interpretation des BGH auch in der vom Gericht zitierten Entscheidung, so ist ein Vertrag gesellschaftsrechtlicher Art sicherlich dann nicht zu bejahen, wenn ein Vertragspartner dem anderen Geld für das Unterlassen einer Wettbewerbshandlung bietet²⁾.

An der Einordnung dieser Abrede im Sinne eines do ut des - Verhältnisses kann auch die Bedingung, daß die Abstandssumme nur dann zahlbar ist, wenn der geldbietende Unternehmer den erwünschten Auftrag erhält, nichts ändern.

Hier vollzog das OLG aber schon unmerklich einen weiteren Schritt in der Entwicklung des gemeinsamen Zwecks, in dem es betonte, daß das Interesse beider Parteien auf das gleiche Ziel, den Bedingungseintritt, ausgerichtet war. Dieser Gesichtspunkt der gleichgerichteten Interessenlage konnte zwar bei der von der Judikatur vollzogenen scharfen Trennung zwischen Gesellschafts- und Austauschverträgen nicht entscheidend weiterhelfen, zeigte jedoch schon bei dieser Entscheidung einen Weg auf, bei der Interpretation des gemeinsamen Zwecks andere Aspekte mit zu berücksichtigen, indem die restriktive Auslegung gelockert wurde.

So sind die Marktwirkungen von Submissionsabsprachen gleich, unabhängig davon, ob sie durch einen gesellschaftsähnlichen-

1) a.a.O., S. 700

2) vgl. dazu auch K. Schmidt, Kartellverbot S.37

oder gegenseitigen Vertrag erzielt wurden.

Allerdings ergibt sich die eindeutige Stellungnahme der Rechtsprechung indessen hauptsächlich unter dem Blickwinkel, daß alleiniger und einziger Hauptzweck der Submissionsvereinbarungen die Koordinierung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ist, worin sie sich z.B. von den bisher besprochenen Produktionsvereinbarungen unterscheiden. Entsprechend sind die Gerichte bei der Feststellung der Zweckrichtung direkt auf die Wettbewerbsbeschränkung gestoßen und nicht auf eine (auch) wettbewerbsneutrale Zielsetzung¹⁾. Allein um wettbewerbspolitisch widersinnige Ergebnisse zu vermeiden, konnte es dann aber nicht entscheidend sein, ob dieser Zweck gemeinsam im Sinne einer gesellschaftsrechtlichen Abrede oder (nur) auf Grund einer gleichgerichteten Interessenlage im Sinne einer Austauschvereinbarung verfolgt wurde²⁾. Konsequenterweise ließ die Rechtsprechung jegliche Submissionskartelle unter § 1 GWB fallen, wobei allerdings diejenigen Urteile, die versuchten, den gemeinsamen Zweck mit der damaligen, restriktiven Interpretation auch bei Austauschverträgen zu bejahen, zu widersprüchlichen Aussagen führen mußten.

Jedenfalls zeigte die Stellung der Judikatur zu den Submissionsabsprachen auf, daß schon früh bei der Anwendung des gemeinsamen Zwecks Zugeständnisse in Form einer Erweiterung dieses Tatbestandsmerkmals gemacht wurden, um "klassische" Kartellformen erfassen zu können.

-
- 1) so ausdrücklich das OLG Stuttgart (a.a.O., S. 700):
"Der Zweck der Absprache zielte zugleich auf die Beschränkung des Wettbewerbs"
 - 2) vgl. auch Fikentscher, Festschrift Westermann, S. 114 ff., der als Ausweg das "Zweckkartell" verselbständigt und für dieses das Erfordernis des gemeinsamen Zwecks negiert, um so auch den Austauschvertrag zu erfassen.

An dieser Stelle sei ein kurzer Vorgriff auf ein Urteil des KG aus dem Jahre 1975¹⁾ erlaubt, welches sich ebenfalls mit einer Submissionsvereinbarung beschäftigte, da die Entscheidung im direkten Vergleich aufzeigt, wie diese Ausdehnung des Anwendungsbereiches die Interpretation des gemeinsamen Zwecks beeinflußt hat. Das Gericht bejahte das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals schon dann, wenn eine Willensübereinstimmung nicht auf den bloßen Austausch gegenseitiger Leistungen gerichtet war, sondern wenn sich die Beteiligten darin zu einem wenigstens gesellschaftsähnlichen Verhältnis verbunden hatten²⁾. Das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks wurde demgemäß von der Qualifizierung des zu beurteilenden Vertrages als Austauschvereinbarung grundsätzlich nicht berührt, eine Betrachtungsweise, die von den frühen Urteilen der Judikatur nicht vollzogen werden konnte.

c. Unternehmensveräußerungsverträge

Zeigte sich die Rechtsprechung bei den Submissionsabsprachen zu Zugeständnissen bereit, so war die Stellung der Gerichte zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensvereinbarungen in anderen Austauschverträgen eindeutig. So wurden vor allem Unternehmensveräußerungsverträge mit der vom BGH in der Gasglühkörper-Entscheidung entwickelten Abgrenzung, grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Kartellverbots entzogen oder aber überhaupt nicht unter dem Blickwinkel des § 1 GWB betrachtet³⁾.

Interesse verdient hier das Urteil des OLG Celle vom 27. 4. 1960⁴⁾.

Die klagende Partei hatte von der Beklagten einen Teil des Geschäftes der letzteren, nämlich die Instrumentenab-

1) WuW/E OLG 1627, Mülltonnen vom 29.4.1975

2) a.a.O., S. 1631

3) so der BGH in WuW/E BGH 639, Pachtapotheke vom 10.6.1964

4) WuW/E OLG 355, Hörgeräte

teilung, übernommen, so daß sich die Beklagte nur noch auf den anderen und zwar den optischen Teil, beschränkte. Beide Parteien unterwarfen sich einem, im Sachverhalt nicht näher spezifizierten, gegenseitigen Wettbewerbsverbot.

Zu Beurteilen war demnach nicht eine typische Unternehmensübernahme, bei welcher dem Käufer sicherlich zwecks Aufrechterhaltung des Kundenstammes ein Konkurrenzverbot einzuräumen ist, sondern die Teilung einer Geschäftseinheit in zwei von einander unabhängige Komponenten.

Zwar erscheint es hier notwendig, dem Verkäufer auf dem Marktsegment des veräußerten Teils ein Wettbewerbsverbot aufzuerlegen, nicht aber umgekehrt auch dem Käufer auf dem, dem Veräußerer verbliebenen Segment¹⁾.

Das Gericht ging in seiner Urteilsbegründung auf dergestaltige Überlegungen allerdings nicht ein, sondern beschäftigte sich nur mit der Frage, ob die Vereinbarung als Gesellschafts- oder Austauschvertrag zu werten sei. Unter diesem Gesichtspunkt kam der Kartellsenat zu dem Ergebnis, daß hier nicht eine gemeinsam verfolgte Marktregelung vorlag, sondern ein einseitiger, "von jeder Partei selbständig entgegen dem Interesse der anderen Partei verfolgter Zweck"²⁾. Deshalb war der Grund der Vereinbarung, die gegenseitige Selbständigkeit unter "Abgrenzung der beiderseitigen Interessen und Geschäftsbereiche"³⁾ unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Die Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten entzog sich somit der Überprüfung durch § 1 GWB, weil

1) welches sich im Sachverhalt allenfalls daraus ergeben konnte, daß der Käufer ehemaliger Angestellter der Beklagten war.

2) a.a.O., S. 356

3) a.a.O., S. 356

als Gegenleistung auf einem anderen Markt ebenfalls ein Wettbewerbsverbot vereinbart wurde.

Die Diskrepanz dieser Entscheidung zu den behandelten Submissionsabreden wird hier überdeutlich. Ließ die Jurisdikatur eine Vereinbarung des Inhalts "Geld gegen Wettbewerbsverzicht" unter das Kartellverbot fallen, so wurde in der Hörgeräte-Entscheidung ein Übereinkommen "Wettbewerbsverzicht gegen Wettbewerbsverzicht" dem Beurteilungsmaßstab des § 1 GWB nicht unterworfen.

Differenzierter zeigte sich hier schon das Urteil des OLG Schleswig vom 30. 11. 1960¹⁾. Zwar stellte auch diese Entscheidung fest, daß das zeitlich unbeschränkte Wettbewerbsverbot im Rahmen eines Unternehmenskaufs vereinbart wurde, also ein Austauschvertrag vorlag, der den gemeinsamen Zweck ausschloß. Darüber hinaus rechtfertigte das Gericht aber die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots mit wettbewerbspolitischen Gründen. Sinn der Wettbewerbsvereinbarung sei die Sicherung des Geschäftswertes, der sich in erheblichem Umfang durch den Kundenkreis bestimmt. Um diesen Wert für den Käufer zu erhalten, sei es deshalb notwendig, dem Verkäufer ein Konkurrenzverbot aufzuerlegen, damit dieser nicht mit den bisherigen Kunden weitere Geschäfte tätigt und dadurch den Wert des verkauften Unternehmens mindert²⁾.

Mit dieser Argumentation, die auch von der damaligen h.M. in der Literatur³⁾ getragen wurde, blieb § 1 GWB bei Unternehmensverkäufen praktisch unanwendbar. Da andererseits Betriebsüberlassungen auch nicht unter die sonstigen Verträge" der §§ 15 ff. GWB fallen⁴⁾, waren

1) WuW/E OLG 460

2) a.a.O., S. 460

3) vgl. Enaux DB 70, 1305 ff. m.w.N., Helm, Festgabe für Hefermehl S. 299 ff. m.w.N.

4) vgl. ausführlich dazu Enaux a.a.O.

demnach Wettbewerbsklausel in Unternehmensveräußerungen nach deutschem Kartellrecht frei zu vereinbaren¹⁾).

Dem Überprüfungsmaßstab des § 1 GWB etzogen, lag es in der Hand der Parteien, Art und vor allem Dauer des Konkurrenzverbotes zu bestimmen, so daß unter Beachtung des § 138 BGB auch zeitlich unbegrenzte Wettbewerbsabreden wirksam abgeschlossen werden konnten. Dies zeigen ebenfalls die angeführten Urteile auf, die der Tatsache einer derart weitgehenden Vereinbarung keine Bedeutung schenkten²⁾. Dadurch wurde es im Ergebnis möglich, eine Abrede, die den Wettbewerb beschränken sollte, in einen Unternehmensverkauf einzufügen, um so den Sanktionen des § 1 GWB zu entgehen³⁾).

Allein Klaue bot auf der Basis, daß der Kartellvertrag ein Gesellschaftsvertrag sein müsse, eine Lösung an, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dem Sanktionsverweh des § 1 GWB zu unterstellen⁴⁾: Enthält ein Vertrag ein Mehr als den Austausch von Leistungen, was zu vermuten ist, wenn die Länge eines Wettbewerbsverbotes nach ~~Ab~~wägung aller Interessen nicht notwendig ist, so soll ein über dem Austauschvertrag liegendes Gesellschaftsverhältnis zu bejahen sein⁵⁾. Dieser Ansatz aber, den das BKartA später übernommen hat⁶⁾, kann, jedenfalls unter Heranziehung zivilrechtlicher Kriterien, nicht überzeugen⁷⁾. So erscheint es schon

1) so ausführlich Dörinkel NJW 66, 1597

2) zu demselben Ergebnis kommt auch Helm, der betont, daß eine Konkurrenzklausel das Gegenteil einer Zweckgemeinschaft bewirkt; dies umsomehr, je weiter die Klausel gefaßt ist, a.a.O., S. 303

3) ein solch "krasser Fall" biete nach Helm a.a.O., S. 305 f ein "wichtiges Indiz" für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks, ohne aber einen dogmatischen Lösungsweg aufzuzeigen, der das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals begründet.

4) WuW 1961, 323 ff

5) a.a.O., S. 327

6) vgl. BKartA im Tätigkeitsbericht 1969, S. 59 BT-Drucks. VI 950

7) vgl. auch Helm a.a.O., S. 302 ff

unzulässig, ein Vertragswerk nur unter dem Gesichtspunkt einer Nebenvereinbarung zu betrachten und diese, im Gegensatz zur Hauptabrede, als Gesellschaftsvertrag zu typisieren¹⁾. Abgesehen davon ist es für das Vorliegen eines Austauschvertrages eben gerade nicht erforderlich, daß die beiderseitigen Leistungen nach objektiven Maßstäben gleichwertig sind, da es insoweit auf das subjektive Urteil einer jeden Vertragspartei ankommt²⁾.

Letztlich bleibt Klaue auch die Antwort darauf schuldig, warum ein nicht notwendiges (im Gegensatz zu einem notwendigen) Wettbewerbsverbot einer gemeinsamen Zweckverfolgung der Beteiligten unterliegt. Verlangt man dabei mit der herkömmlichen Meinung ein irgendwie geartetes Zusammenwirken aller zur Erreichung des gemeinsamen Ziels,³⁾ so kann die Vereinbarung eines unnötig ausgedehnten Konkurrenzverbotes sicherlich nicht als Gesellschaftsvertrag gewertet werden. Zwar können die Vertragspartner bei einem Wettbewerbsverbot gleichermaßen an einer Marktregelung interessiert sein, diese wird jedoch nicht durch eine gemeinsame Tätigkeit erbracht, sondern durch das einschränkende Verhalten eines Beteiligten.

Andererseits führte Klaue mit seinem Beitrag einen wichtigen Gedankengang in die kartellrechtliche Diskussion ein. Soll das GWB seine auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung erfüllen, so muß es ermöglicht werden, wettbewerbsbeschränkende Abreden, die über das zur Erfüllung des Hauptzwecks notwendige Maß hinausgehen, dem Überprüfungsmaßstab des Kartellverbots zu unterziehen .

1) vgl. dazu WuW/E LG (Dortmund) 343 mit der Forderung einer Gesamtwürdigung des Vertrages unter Berufung auf den BGH im Gasglühkörper-Fall

2) vgl. Larenz SchuldR AT § 15 I; auf diesen Aspekt weist auch Klaue hin a.a.O., S. 327

3) vgl. statt aller Larenz SchuldR BT § 60 Ia

Allerdings fand dieser Ansatz in der frühen Judikatur keinen Niederschlag, sondern wurde erst später und mit anderem dogmatischen Ansatz übernommen¹⁾.

So boten einzig die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts und hier vor allem die Vorschrift des § 138 BGB die Möglichkeit, Verträge, die zu weitgehende Einschränkungen und Belastungen, welche über das schützenswerte Interesse des begünstigten Partners hinausgehen, unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig zu erklären²⁾.

d. Weitere Austauschvereinbarungen

Auch bei wettbewerbsbeschränkenden Absprachen, die in Austauschverträgen anderen Inhalts vereinbart wurden, lehnten die Gerichte eine Anwendung des § 1 GWB grundsätzlich ab.

So unterfiel die Verpflichtung des Verpächters, alle Pächter der Gaststätte an eine bestimmte Brauerei zu binden, nicht unter das Kartellverbot, weil dafür im Gegenzug ein Darlehen gewährt wurde³⁾. Gleiches widerfuhr einer Ausschließlichkeitsbindung, die im Rahmen eines Vertragswerkes über den Betrieb einer Tankstelle vereinbart wurde⁴⁾⁵⁾, sowie dem Verbot der eigenen Stromerzeugung, weil diese Verpflichtung nur dazu diene,

1) vgl. S. 59 ff

2) vgl. Helm a.a.O., S. 307 ff. und S.

3) WuW/E BGH 712 Bierbezug vom 25.11.1965. Das Urteil ist auch deshalb interessant, weil die o.g. Abrede auch nicht unter die §§ 15 ff. GWB fiel, demnach kartellrechtlich nicht zu erfassen war.

4) WuW/E BGH 878 Shell-Tankstelle vom 15.12.1967, auch bei dieser Entscheidung blieb das GWB nicht anwendbar

5) vgl. weiterhin bezüglich einer Ausschließlichkeitsbindung WuW/E OLG (Düsseldorf) 725 Marktfreie Milcherzeugnisse vom 19.5.1965

im Austausch den Strombezug von der Gegenpartei zu sichern¹⁾.

Beachtenswert, aber i.S.d. damaligen Rechtsprechung konsequent ist die Entscheidung des BGH im Horndünger-Fall²⁾. Verpflichtet sich eine Partei, gewisse Wettbewerbsbehandlungen zu unterlassen, oder aber nur unter bestimmten Voraussetzungen vorzunehmen, so bleibt nach Auffassung des Kartellsenats § 1 GWB unanwendbar, wenn diese Klausel im Rahmen eines Vergleichs vereinbart wurde.

Der Vergleich als gegenseitiger Vertrag³⁾ stellt mit der Regelung sich widerstreitender Individualinteressen, welche im Wege des gegenseitigen Nachgebens erreicht wird, sicherlich das Gegenteil einer beidseitigen Leistungsvereinigung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks dar. Insofern bietet das Urteil eine Bestätigung für die schon mehrfach dargestellte Anlehnung an privatrechtliche Auslegungsregeln und zeigt nochmals auf, daß der BGH die Regelung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens der Privatautonomie der Beteiligten überließ, falls diese in einem Austauschvertrag vereinbart wurde.

e. Gesellschaftsverträge

Im Gegensatz dazu war die Überprüfung von Wettbewerbsverboten in Gesellschaftsverträgen, zu deren Wesen der gemeinsame Zweck gehört, natürlich eröffnet, was in der Kino-Entscheidung des BGH⁴⁾ zu der Frage führte, in welchem Verhältnis die §§ 112/113 HGB zu § 1 GWB stehen.

Der BGH führte dazu aus, der Anwendungsbereich des § 1 GWB

1) WuW/E BGH 1049, 1050 Überlandwerk I vom 27.10.1969; der BGH läßt daher die Frage offen, ob diese Verpflichtung unter § 103 I Nr. 1 GWB fällt und zur Sicherung des Vertragszwecks erforderlich war.

2) WuW/E BGH 935 vom 30.4.1965

3) vgl. statt aller Palandt Thomas § 779, 1a

4) WuW/E BGH 519 vom 6.12.196

sei insofern einzuschränken, als die Wettbewerbsvorschriften des HGB den gesetzlichen Regelfall der Unternehmensform der offenen Handelsgesellschaft sicherstellen soll¹⁾. Im dargelegten Sachverhalt war aber gerade eine Gesellschaft zu beurteilen, die im wesentlichen dem Leitbild der offenen Handelsgesellschaft nicht entsprach, da die Beteiligung des Betroffenen hauptsächlich kapitalistischer Natur war, was eher einer Stellung der Partei als Kommanditist oder stillem Gesellschafter gleichkam. Da für die letztgenannten Teilhaber aber ein Wettbewerbsverbot für den Bestand und Erhalt des Gesellschaftsunternehmens gerade nicht notwendig ist, ließ der BGH den Gesellschaftsvertrag unter den Sanktionsbereich des Kartellverbots fallen.²⁾

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, das oben angeführte Verhältnis zwischen handels- und kartellrechtlichen Vorschriften weiter auszuführen³⁾. Andererseits drängt sich diese Entscheidung für eine abschließende Betrachtung der damals von der Rechtsprechung verfolgten Wettbewerbspolitik auf.

So stellten schon frühe Kommentatoren dieses Urteils fest, daß ein Wettbewerbsverbot die gleichen Wirkungen entfaltet, gleichgültig, ob in einem OHG-Vertrag, Unternehmenskauf oder Liefervertrag vereinbart⁴⁾. Allein dieser Gesichtspunkt, der in der bisherigen Untersuchung schon mehrfach angedeutet wurde, vermag aber die Ungleich-

1) a.a.O., S. 520

2) a.a.O., S. 522

3) vgl. dazu Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 104, Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 63, Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 1 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen

4) Lieberknecht/Gnauk BB 63, 1067 ff., 1071, Gleiss/Hootz, NJW 63, 1338 ff., 1340

gewichtigkeit der Judikatur bei der Anwendung des § 1 GWB nicht genügend zu betonen. Diese lag vielmehr darin, daß durch das Festhalten an dem Erfordernis einer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung wettbewerbsbeschränkende Abreden in Austauschverträgen meist überhaupt nicht auf Notwendigkeit und Ausgestaltung überprüft wurden, während eben diese Kriterien bei dem Gesellschaftsvertrag einer OHG, für die die §§ 112, 113 HGB ein Wettbewerbsverbot ausdrücklich vorsehen, entscheidend waren. So drang die Rechtsprechung einerseits an die Grenzen des kartellrechtlichen Anwendungsbereiches vor, indem sie gesetzlich normierte Konkurrenzverbote auf ihren Sinngehalt und ihr Verhältnis zu § 1 GWB überprüfte, um andererseits unter den Beteiligten frei vereinbarte, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen dem Überprüfungsmaßstab des Kartellverbots völlig zu entziehen.

2. Die jüngere Rechtsprechung

a. Die Zuwendung zu einer wirtschaftlichen Betrachtung am Beispiel der Sternverträge

Der erste Ansatz für eine wettbewerbspolitisch befriedigende Anwendung des § 1 GWB mußte darin liegen, die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Konsequenzen des gebotenen Sachverhalts zu untersuchen und die in Frage stehende Vereinbarung nicht nur bezüglich ihrer rechtlichen Charakterisierung und Einordnung in Austausch- bzw. Gesellschaftsvertrag zu überprüfen. Diese Hinwendung zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise vollzog sich ungefähr seit dem Jahre 1970, wobei hier insbesondere die Behandlung der Sternverträge auffällt.

An dieser Stelle bietet sich ein Rückblick zu den Ausführungen zum Vertragsbegriff an. Auch dort zeigte sich in der neueren Rechtsprechung die Tendenz, den Nachweis der Einigung auf eine Beweisführung zu stützen, die den zu beurteilenden Sachverhalt unter wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen betrachtete¹⁾.

Diese Sachverhaltswürdigung setzte sich nun auch bei der Prüfung des gemeinsamen Zwecks fort.

Hervorzuheben ist hierbei die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 20. 2. 1970²⁾.

Zu beurteilen war ein sogenannter Fahrschulvertrag, den die Fahrlehrer einer bestimmten Region mit einem verkehrspädagogischen Institut abgeschlossen hatten, welches hauptsächlich die theoretische Ausbildung durchführte. Diese Vereinbarung enthielt unter anderem die Verpflichtung der Fahrlehrer, außerhalb des Instituts keinen theoretischen Unterricht zu erteilen, außerdem wurde dem

1) vgl. S. 26 ff

2) WuW/E OLG 1083 Fahrschulverkauf

Institut das Recht eingeräumt, sämtliche Ausbildungshonorare festzulegen.

Im Gegensatz zu anderen Funktionsgemeinschaften, bei denen schon im Gründungsvertrag eine gemeinsame Zielrichtung festgelegt wurde, die von den Betroffenen auch durch gewisse Verpflichtungen gefördert wurden¹⁾, waren die Benutzer hier nur durch den oben dargestellten Vertrag mit dem Institut verbunden. Für sich betrachtet regelte diese Vereinbarung nur die Ausbildung der Fahrschüler durch das Institut, an welches der Fahrlehrer im Gegenzug die Grundgebühr abtrat.

Allein diese Einzelvertragsbetrachtung, zu der sich der BGH in der Zimcofot-Entscheidung noch ausdrücklich bekannte, konnte die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht erfassen. So stellte das OLG Stuttgart auch fest, daß erst durch die Bündelung der genannten Verträge ein gemeinsamer Zweck aller Vertragspartner des Instituts erreicht wurde, ohne daß zwischen den einzelnen Fahrlehrern eine horizontale Absprache erfolgen mußte²⁾. Durch die Festlegung einer jeden Fahrschule auf die genannten Vertragsklauseln wurde nämlich erreicht, daß nur ein Anbieter für die theoretische Ausbildung im Interessengebiet auftrat sowie alle Ausbildungstarife vereinheitlicht wurden. Demgemäß qualifizierte das Gericht die Verträge nicht als Austauschvereinbarungen, sondern nahm einen Zusammenschluß der Beteiligten "über das

1) vgl. WuW/E OLG (KG) 1253 Tubenhersteller II vom 24.3.1972 zur Behandlung von Marktinformationsverfahren; WuW/E OLG (KG) 1327 Aluminium Halbzeug vom 3.11.1972, Revision WuW/E BGH 1337 vom 29.1.1975

2) a.a.O., S. 1086

Institut"¹⁾ zu einer gemeinsamen Zweckverfolgung an.

Dieser Sachverhaltswürdigung schloß sich der BGH in einer späteren Entscheidung²⁾ an, in der er ausdrücklich betonte, daß bei der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB der sachliche Zusammenhang nicht außer acht gelassen werden kann. Ferner stellte das Urteil klar, daß die Erfüllung eines kartellrechtlichen Tatbestands auch durch Vertikalverträge nicht allein von dem Willen der Beteiligten sondern von der wirtschaftlichen Funktion und Wirkung der Vereinbarung bestimmt wird³⁾⁴⁾

Damit war ein entscheidender Schritt vollzogen, dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks eine neue Funktion zukommen zu lassen. Denn wenn es nicht mehr der Privatautonomie der Parteien oblag, durch die Wahl der entsprechenden Vertragsform wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen frei zu vereinbaren, so konnte sich die Prüfung des gemeinsamen Zwecks nicht darin erschöpfen, genau diese rechtliche Charakterisierung vorzunehmen. Eine solche neue Aufgabenstellung war allerdings mit der bisher verfolgten Dogmatik nicht zu vollziehen.

So stellte schon Jäger⁵⁾ auf der Grundlage des gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 705 BGB zur Fahrschule-Entscheidung fest, daß ein Austauschvertrag nicht dadurch eine gemeinsame Zweckrichtung erhalten könne, daß er im Zusammenhang mit weiteren, gleichartigen Verträgen eine Kartellvereinbarung bilde. Folglich mußte eine Neuorientierung mit der Loslösung von zivilrechtlichen Interpretationsgrundsätzen beginnen, und es wird Aufgabe der folgenden Ausführungen sein, den von der Judikatur eingeschlagenen Weg näher zu

1) a.a.O., S. 1087

2) WuW/E BGH 1367 ff. ZVN vom 19.6.1975

3) a.a.O., S. 1369

4) vgl. mit ähnlicher Begründung: WuW/E OLG (KG) 2259, 2263
Siegerländer Transportbeton vom 24.10.1979

5) Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs S. 125

analysieren. Dabei soll, soweit möglich, an der bisher vollzogenen Unterteilung nach unterschiedlichen Vertragsinhalten festgehalten werden, die eine gute Möglichkeit bietet, die diesbezüglich divergierende Behandlung durch die Rechtsprechung darzustellen.

b. Produktions-, Gebiets- und Kundenabsprachen

Ausgangspunkt für eine neue Interpretation des gemeinsamen Zwecks bot die Entscheidung des BGH vom 10. 10. 1974¹⁾.

Der zu entscheidende Sachverhalt ähnelt dem der Zimcofoto-Entscheidung, da auch hier eine Vereinbarung über die Ausnutzung eines Produktionsverfahrens einzustufen war. Allerdings hatten die Parteien keine gemeinsame Produktionsgesellschaft gegründet, sondern vielmehr nur einen Lizenzvertrag über den Übergang des know-hows sowie der notwendigen Vorrichtungen und Maschinen geschlossen. Insofern stellte sich die Einigung der Parteien als Austauschvertrag dar. In der strittigen Vertragsklausel verpflichtete sich der Verkäufer des Verfahrens, keiner weiteren Firma eine Produktionsmöglichkeit der vereinbarten Art zur Verfügung zu stellen.

Der BGH bejahte eine gemeinsame Zweckrichtung des Vertrages i.S.d. § 1 GWB, indem er ausführte, daß "die vom Beklagten hinsichtlich seiner Vorrichtungserfindung übernommenen Leistungen Teil der Gegenleistung für die Zahlung der Lizenzgebühren sein sollten und die angestrebte Beschränkung des Wettbewerbs damit einem gemeinsamen Interesse entsprach"²⁾.

Dieser Satz erscheint in sich widersprüchlich und wird

1) WuW/E BGH 1332 Bahnen aus Kunststoff

2) a.a.O., S. 1335

erst unter Zugrundelegung der weiteren Ausführungen des Kartellsenats verständlich. Dabei fällt auch bei dieser Entscheidung auf, daß sich das Gericht ausschließlich mit den wirtschaftlichen Gründen und Zielen des Vertrages beschäftigte und die Frage nach der rechtlichen Charakterisierung, im Gegensatz zu früheren Entscheidungen, außer Betracht ließ. So stellte der Kartellsenat fest, daß neben dem Übergang des know-hows die Verhinderung einer freien Benutzung des Produktionsverfahrens auch durch andere Unternehmen im gemeinsamen Interesse der Parteien lag. Die Erfindung wäre nämlich mit Offenlegung der Patentanmeldung jedermann zugänglich gewesen¹⁾.

In dem Urteil fällt erstmalig der Begriff des gemeinsamen Interesses, ohne daß dieser von dem Gericht näher ausgestaltet und erläutert wurde. Auch Ebel²⁾, der die Formel des gleichgerichteten Interesses begrüßt, konkretisiert diesen neuen Ansatz nicht näher, sondern stellt die Justitiabilität des Begriffes dar, indem er ein case-law anhand der höchstrichterlichen Entscheidungen statuiert.

Im Vergleich zu dem Erfordernis des gemeinsamen Zwecks kann die gleichgerichtete Interessenrichtung jedenfalls negativ dahingehend abgegrenzt werden, daß eine Teilhabe am verfolgten Zweck³⁾ in Form eines gemeinschaftlichen Zusammenwirkens⁴⁾ nicht mehr erforderlich ist. Durch das Fehlen einer Förderungspflicht wird es dann aber möglich, § 1 GWB auf jegliche Austauschverträge anzuwenden, da

1) a.a.O., S. 1335

2) vgl. WuW 1979, S. 792 ff.

3) vgl. Ballerstedt Jus 63, 253 ff., 255

4) vgl. Fikentscher, Festschrift Westermann, S. 108

letztlich bei jedem ausgewogenen, synallagmatischen Vertrag eine Interessensharmonie bestehen kann¹⁾.

Eine so weitgehende Auslegung würde allerdings zu einer Funktionslosigkeit des Tatbestandsmerkmals "zu einem gemeinsamen Zweck" führen und die Frage nach einem geeigneten Kriterium zur Abgrenzung gegenüber den "sonstigen Verträgen" i.S.d. § 15 GWB aufwerfen.

Immerhin wird eine Gleichartigkeit der Interessen dann zu verneinen sein, wenn die Vertragspartner völlig verschiedene Ziele mit der Durchführung der Vereinbarung verfolgen²⁾. Andererseits wird einem Austauschvertrag eine gemeinsame Interessenrichtung nicht abzusprechen sein, wenn über den Leistungsaustausch hinaus der Sinngehalt (bzw. das Ziel) der Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet³⁾. Zwischen diesen beiden Extremen liegen jedoch eine Fülle von Vertragsgestaltungen, die die Frage aufkommen lassen, was die Rechtsprechung unter einer gleichgerichteten Interessenrichtung verstand und welche Konsequenzen daraus für den Anwendungsbereich des § 1 GWB entstanden.

In der Kunststoffbahnen-Entscheidung des BGH findet sich zunächst die Bestätigung dafür, daß das Kartellverbot auch auf Austauschvereinbarungen anwendbar ist, da sich die Vereinbarung der Parteien als ein reines "do ut des" Verhältnis darstellte. Damit ist aber die Feststellung eines gleichgerichteten Interesses noch nicht getroffen. Der Kartellsenat führte dazu aus, daß Teil des Kaufpreises neben der Überlassung des Verfahrens auch der Verzicht des Lizenzgebers war, seine Erfindung in der Bundesrepublik weiter zu verwerten⁴⁾ und bejahte deshalb mit der schon

1) Ballerstedt, a.a.O., S. 255, der als Beispiel den Vergleich als "gesunden Kompromiß" aufführt

2) Ballerstedt, a.a.O., S. 263

3) wobei die Judikatur solche direkt beschränkenden Vereinbarungen teilweise schon früher unter § 1 GWB fallen ließ; vgl. zu den Submissionsabsprachen S. 39 ff

4) sowie die Ermächtigung des Lizenznehmers zur Geltendmachung von Rechten gegen etwaige Verletzer;
BGH a.a.O., S. 1335

dargestellten Begründung eine gleichgerichtete Interessenlage.

Versetzt man sich in die Situation des Lizenzgebers, so teilte sich die Vereinbarung für ihn in zwei Verpflichtungen auf:

Für die ausgehandelte Gesamtsumme mußte er einerseits das know-how zur Verfügung stellen und andererseits die Beschränkung in der weiteren Verwertung eingehen. Spiegelbildlich erhielt der Käufer das Patent sowie die alleinige Marktposition als Produzent des übergegangenen Verfahrens. Die Zielsetzungen der Parteien lag demgemäß auf zwei Schwerpunkten, wobei für den BGH die Gewichtung zwischen den beiden Punkten offensichtlich gleichgültig war, da er den Anteil, der auf den Kauf des Wettbewerbsverbots entfiel, nicht näher präzierte. Insofern könnte aus dieser Entscheidung geschlossen werden, daß Vereinbarungen, die neben andere Inhalten auch eine wettbewerbsbeschränkende Interessenrichtung aufweisen, grundsätzlich dem Sanktionsbereich des § 1 GWB unterfallen.

Allerdings übersieht man bei dieser Folgerung einen gewichtigen Aspekt, auf den der BGH in einer späteren Entscheidung hinwies¹⁾. Dieses Urteil drängt sich zu einem Vergleich mit der bisher besprochenen Kunststoff-Entscheidung auf, da auch hier ein Lizenzvertrag zu beurteilen war, welchem der Kartellsenat diesmal eine gemeinsame Interessenrichtung absprach.

Die von den Parteien vereinbarten Wettbewerbsverbote waren allerdings weitaus komplexer und sollen in einem Interessenvergleich dargestellt werden.

Die Lizenzgeberin, die selbst auf dem Produktionssektor des verkauften Patents tätig wurde, verpflichtete sich gegen Zahlung der Lizenzgebühren dem Käufer die Rechte für die Herstellung von Fertighäusern in einem gewissen Gebiet

1) WuW/E BGH 1525 Fertighäuser-Lizenzvertrag und Gebietschutz vom 30.5.1978

einzuräumen und unterwarf sich einem diesbezüglichen Wettbewerbsverbot. Die Lizenznehmerin ihrerseits ging neben den Lizenzzahlungen die Verpflichtung ein, außerhalb des Lizenzgebietes keinerlei Wohnhäuser zu errichten und darüber hinaus auch innerhalb ihres Interessengebietes ausschließlich Wohnhäuser der patentierten Bauweise herzustellen. Mit Vertragsbeendigung unterwarf sich die Lizenznehmerin einem zehnjährigen Konkurrenzverbot in der gesamten Fertighausbranche.

Das Interesse der Parteien lag hier sicherlich in der Hauptsache im Übergang der Lizenz. Dabei verfolgte der Lizenznehmer das Ziel, in einem gewissen Gebiet die alleinige Verwertung der Rechte zu erhalten, während der Lizenzgeber sich absicherte, daß die Ausnutzung der Lizenz eben nur auf diesen Raum begrenzt war.

Der BGH verneinte eine Verfolgung gleichlaufender Interessen i.S.d. § 1 GWB mit der Begründung, daß die Vertragsbestimmungen der Durchführung der Lizenzabreden, also dem Austauschzweck, dienen würden¹⁾.

So gewichtig dieser Gesichtspunkt ist, so sehr fragt sich aber, ob er mit der Suche nach einer gemeinsamen Interesselage entschieden werden kann. Das Interesse der Lizenznehmer war in beiden vorliegenden Sachverhalten gleich. Sie wollten einerseits das Produktionsverfahren erhalten, andererseits die alleinige Marktstellung bekleiden und in beiden Fällen wurde vor allem das zweite Ziel durch das Konkurrenzverbot des jeweiligen Vertragspartners erreicht. Das gemeinsame Interesse an konkurrenzfreier Betätigung kann aber nicht zum verschiedenartigen werden, weil es, aus welchen Gründen auch immer, zur Erfüllung eines anderen Zwecks nötig erscheint. Abgesehen davon stellt sich hier die Frage,

1) a.a.O., S. 1526f

welche Funktion der Frage nach der Interessengleichheit zukommt, da die Einräumung einer günstigen Wettbewerbsposition auch immer im Interesse desjenigen liegen wird, der sich dafür in seiner wettbewerbslichen Handlungsfreiheit für den Erhalt einer Gegenleistung beschränkt¹⁾.

So deutete die Kunststoffbahnen-Entscheidung auf ein weiteres Element hin welches zur Erfüllung des gemeinsamen Interesses notwendig ist.

Eine Interessenharmonie i.S.d. § 1 GWB liegt bei einem Austauschvertrag vor, wenn die Wettbewerbsposition quasi als Handelsobjekt betrachtet wird, denn in dem genannten Urteil lag ein (weiterer) Hauptzweck in dem Verwertungsverbot des Lizenzgebers gegenüber anderen, möglichen Wettbewerbern des Lizenznehmers, welches selbständig neben den Übergang des Produktionsverfahrens trat.

Die Intention der Parteien bezog sich insofern auch auf den Verkauf der Marktposition, was der BGH in der Aussage andeutete, daß sich ein Teil des Entgeltes auf den Verzicht weiterer Verwertung durch den Lizenzgeber bezog, womit eine Absicherung der ungestörten Ausnutzung des Verfahrens vor potentiellen Wettbewerbern bezweckt wurde²⁾.

Damit weitete das Gericht den Anwendungsbereich des Kartellverbots aus, indem es bei synallagmatischen Vereinbarungen, deren Sinngehalt und Zweckrichtung auch auf die Regelung des Wettbewerbs gerichtet waren, einen gemeinsamen Zweck i.S.d. § 1 GWB bejahte.

Allerdings waren dadurch Schwierigkeiten bei denjenigen Verträgen vorgegeben, die ein Wettbewerbsverbot zur Absicherung und Erfüllung eines anderen Vertragszwecks beinhalten, was sich in der Fertighäuser-Entscheidung erstmalig zeigt.

Konsequenterweise hätte der BGH hier eine gemeinsame Interessenrichtung unter dem Aspekt prüfen müssen, ob

1) Interessenharmonie bei ausgewogenen Verträgen i.S. von Ballerstedt vgl. S. 56 f

2) a.a.O., S. 1526

die Vereinbarung eine weitergehende Wettbewerbsbeschränkung bezweckte, also die Einigung auch den Willen der Parteien nach einer Marktregelung umfaßte. Diese Betrachtungsweise fand in den Entscheidungsgründen des Fertighäuser-Urteils keinen Niederschlag. Vielmehr unterzog der Kartellse-nat das Wettbewerbsverbot einer "Dienlichkeitsprüfung". Da-mit löste sich das Gericht m.E. völlig von jeglicher Zweck-bzw. Interessenprüfung und ging insofern einen bedeutenden Schritt weiter als in der Kunststoffbahnen-Entscheidung.

Die Frage danach, ob etwas dienlich oder im Sinne von Klaue "notwendig" ist¹⁾, ob also, um ein Reizwort zu gebrau-chen, ein Wettbewerbsverbot im Vergelich zum Vertragszweck "vernünftig" erscheint, bietet die Möglichkeit, wettbewerbs-beschränkende Vereinbarungen unter einem anderen Aspekt zu bewerten. Stellte das frühere Urteil mit der Frage nach der gleichgerichteten Interessenlage noch auf die Regelung wett-bewerbsbeschränkenden Verhaltens durch die Parteien ab, so wurde in der Fertighäuser-Entscheidung die Notwendigkeit einer Konkurrenzklausel nach objektiven Kriterien entschie-den.

Dabei soll schon an dieser Stelle betont werden, daß der letztgenannte Blickwinkel m.E. mit der Suche nach einer Interessenharmonie nicht erfaßt werden kann, sondern allen-falls ein Indiz für das Vorliegen einer solchen Willensüber-einkunft bietet, ohne damit einer Antwort auf die Frage nach der Tragweite des Tatbestandsmerkmals "zum gemeinsamen Zweck" näher zu kommen²⁾³⁾.

1) vgl. S. 46 f

2) vgl. dazu S.73f; a.A. Ebel a.a.O., S. 795

3) was auch deutlich wird, wenn man in der Fertighäuser-Entscheidung das gegenteilige Beweisergebnis unterstellt. Dann müßte der BGH zu dem Schluß kommen,...daß die Wettbewerbsklauseln der Durchführung der Lizenzabreden, also dem Austauschzweck nicht dienen; eine Verfolgung gleichlaufender Interessen i.S.d. § 1 GWB liegt hier vor..., der m.E. bezüglich der Feststellung eines gemeinsamen Interesses nicht zwingend ist.

Nicht überzeugen kann die vom Kartellsenat gebotene Dienlichkeitsprüfung. So hätte es doch einer näheren Prüfung bedurft, ob die sehr weitgehende Verpflichtungen des Lizenznehmers, die oben¹⁾ dargestellt wurden, wirklich zur Sicherung der Lizenzvereinbarung notwendig erscheinen was insbesondere für das zehnjährige Wettbewerbsverbot nach Vertragsbeendigung und die Verpflichtung zum ausschließlichen Bau nach dem lizenzierten System bezweifelt werden kann. Auf diese Aspekte geht das Gericht in seiner Begründung überhaupt nicht ein.

Zu prüfen bleibt, wie sich die beiden dargestellten Ansätze in der Judikatur festigten. Beachtenswert ist hierbei die Fertigbeton-Entscheidung des BGH²⁾, die auch in der Literatur ein breites Echo fand³⁾.

Das Gericht hatte eine Produktionsvereinbarung zu beurteilen, in der sich der eine Beteiligte (Kläger) einem Wettbewerbsverbot innerhalb des Verkaufsgebietes der Gegenpartei (Beklagte) unterwarf, während sich diese im Gegenzug verpflichtete, den für die Fertigbetonproduktion notwendigen Sand nur bei seinem Vertragspartner zu kaufen und abzunehmen.

Der Kartellsenat, der dieser synallagmatischen Vereinbarung eine gemeinsame Zweckrichtung i.S.d. § 1 GWB zusprach, nutzte hier die Gelegenheit, einige grundsätzliche Auslegungsregeln zu statuieren, die sich allerdings schon in den besprochenen Entscheidungen andeuteten.

So löste sich das Gericht völlig von einem gesellschaftsrechtlichen Erfordernis i.S.d. § 705 BGB und stellte fest, daß das Merkmal "zu einem gemeinsamen Zweck" wie der Unternehmensbegriff eigenständig, unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung auszulegen sei⁴⁾.

1) vgl. S. 59

2) WuW/E BGH 1458, vom 14.10.1976

3) Enmerich Jus 77, 622 f.; Ulmer NJW 77, 805 f.; Steindorff BB 77, 569 ff; Belke ZHR 143 (1979) 74 ff, 80

4) a.a.O., S. 1461

Der BGH stützte sich bei dieser Auslegung, wie schon bei den behandelten Urteilen, auf die Formel der gemeinsamen Interessenlage. Konsequenterweise ist das Kartellverbot dann nicht nur bei gegenseitiger sondern auch bei einseitiger Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit anwendbar, da eine gemeinsame Förderungspflicht nicht mehr vorausgesetzt wird¹⁾.

Bezogen auf den Sachverhalt führte der Senat zunächst aus, daß die wettbewerbsbeschränkende Wirkung des Vertrages in dem Konkurrenzverbot des Klägers lag. Denn während der Beklagte durch seine Bezugspflicht nur eine Bindung im Verhältnis Erzeuger und Verarbeiter begründete, traf den Kläger das Wettbewerbsverbot in seiner Stellung als potentieller Wettbewerber seines Vertragspartners²⁾. Gemeinsames Interesse der Parteien war die Festigung der Marktposition des Beklagten, welche durch die Ausschließung des Klägers gesichert werden sollte. Diese Marktstellung wurde durch den Vertrag seitens des Klägers zur Verfügung gestellte, der im Gegenzug die Bezugsverpflichtung des Beklagten erhielt.

Insofern knüpft das Urteil an die Kunststoffbahnen-Entscheidung an, denn wie dort sanktionierte der BGH auch hier den Übergang einer Marktposition, welche sich aus der Beschränkung der wettbewerbslichen Handlungsfreiheit eines Beteiligten ergab. Gegenleistung war allerdings im vorliegenden Fall keine feste Geldsumme, sondern eine von den erzielten Marktergebnissen abhängige Abnahmeverpflichtung. Eine gleichgerichtete Zielsetzung war deshalb leichter zu begründen, denn die Sicherung der Marktstellung bzw. die mögliche Absatzsteigerung kam auch dem Kläger zu Gute, der durch die Bezugsverpflichtung direkt an den erzielten Marktergebnissen des Beklagten teilnahm³⁾. Durch diese Ankoppelung an den Gewinn bestand für den Kläger naturgemäß ein großes Interesse an der Erzielung einer günstigen Marktstellung des

1) a.a.O., S. 1460

2) a.a.O., S. 1460

3) so der BGH a.a.O., S. 1460

Beklagten. Die Vereinbarung der Beteiligten erhielt durch die derart gestaltete Ertragsabhängigkeit eine, für die partiarischen Rechtsverhältnisse typische Besonderheit¹⁾, ein gesellschaftsähnliches Element.

In Erinnerung gerufen sei an dieser Stelle nochmals die Gasglühkörper-Entscheidung, die einen gleichliegenden Fall zu beurteilen hatte und am Anfang dieses Kapitels stand²⁾.

Die dortige Urteilsbegründung zeigt im Vergleich zu der Fertigbeton-Entscheidung auf, daß mit dem neuen Verständnis des gemeinsamen Zwecks im Sinne einer gleichgerichteten Interessenlage eine weitaus befriedigendere Argumentation erzielt werden kann. Allerdings bleibt dabei zu berücksichtigen, daß Vertragsgestaltungen der obigen Art durch ihre Annäherung an ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis i.S.d. § 705 BGB unstreitig eine gemeinsame Interessenrichtung aufweisen und daher keine Anhaltspunkte über die Justitabilität der neuen Interpretation gerade im Grenzbereich bieten können. Wettbewerbspolitisch jedenfalls wäre es nicht verständlich, wenn die Anwendbarkeit des § 1 GWB bei einem Konkurrenzverbot von der Art der vereinbarten Gegenleistung abhängig wäre, da die Auswirkungen auf dem Markt jeweils gleich sind. Daß der BGH diesem Kriterium auch keine Bedeutung beimißt, zeigte schon die Kunststoffbahnen-Entscheidung³⁾⁴⁾.

Die Transportbeton-Entscheidung bot des weiteren Anlaß, das Verhältnis zwischen Wettbewerbsbeschränkung und gemeinsamem Zweck nochmals zu überdenken. War seit der Gasglühkörper-Entscheidung die Judikatur der Meinung gefolgt, der gemeinsame Zweck brauche sich nicht auf die Beschränkung des Wettbewerbs zu beziehen⁵⁾, so sahen Müller-Henneberg⁶⁾

1) vgl. Hueck § 5 I 4

2) vgl. S. 32 ff

3) vgl. S. 55 ff

4) so auch im Ergebnis Belke a.a.O., S. 81

5) vgl. S. 34 ff

6) Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 34

und Belke¹⁾ in dem neueren Urteil eine Bestätigung der gegenteiligen Auffassung.

Allein diese Meinung findet in der genannten Entscheidung keine Stütze. So findet sich in der Begründung kein Hinweis der andeutet, daß "die gemeinsame Zweckrichtung auf die Rivalitätsminderung unter Wettbewerbern bezogen sein muß"²⁾. Wenn der Kartellsenat ausdrückt, daß "es genügt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung ... einem gemeinsamen Interesse entspricht und gemeinsam angestrebt wird"³⁾, so kann daraus nicht der Schluß eines zwingenden Erfordernis im obigen Sinne gezogen werden. Dabei soll natürlich nicht verkannt werden, daß mit der Frage nach den gemeinsamen Interessen der Beteiligten eine Zielrichtung bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung meist zu bejahen sein wird. So stellte auch der BGH fest, daß eine gleichgerichtete Interessenlage sowohl bezüglich des Zieles der Wettbewerbsbeschränkung als auch hinsichtlich des dadurch erstrebten Erfolges bestand⁴⁾. Daraus ist aber nicht abzuleiten, daß der Kartellsenat eine Ausrichtung des gemeinsamen Zwecks auf die Wettbewerbsbeschränkung forderte.

Die Loslösung des BGH von der herkömmlichen Betrachtung des gemeinsamen Zwecks wurde allerdings teilweise nicht in voller Konsequenz von den unteren Gerichten mitvollzogen. Hier fällt vor allem die Entscheidung des OLG Düsseldorf auf, die acht Monate nach der Fertigbeton-Entscheidung folgte⁵⁾. Der Sachverhalt beider Urteile ist nahezu identisch, in der Begründung unterscheiden sie sich allerdings erheblich.

1) a.a.O., S. 76 f., 80; vgl. zu diesem richtigen Ansatz S. 204

2) so Belke und Müller-Henneberg a.a.O.

3) BGH a.a.O., S. 1461

4) BGH a.a.O., S. 1460

5) WuW/E OLG 2032 Interessengebiet für Transportbeton-Produktion vom 7.6.1977

So überprüfte das OLG den Vertrag unter der Prämisse, daß sich die Konkurrenzklausel "als ein Fremdkörper (darstellen muß), der nicht durch Gegenleistungen ausgeglichen ist"¹⁾ und kommt zu dem Ergebnis, daß das Verbot hinweggedacht werden kann, ohne daß bei einem Beteiligten ein Nachteil auftrete, der eines Ausgleichs bedürfe²⁾. Eine gemeinsame Zweckrichtung i.S.d. § 1 GWB sei durch die parallel laufenden Interessen der Parteien gegeben, das so weit reiche, "daß jedenfalls eventuell mitschwingende Gesichtspunkte eines Leistungsaustausches dahinter zurücktreten."³⁾⁴⁾

Die aufgezeigte Argumentation macht deutlich, daß für den Senat ein gemeinsames Interesse nur dann zu bejahen ist, falls die Wettbewerbsbeschränkung nicht in einen direkten Austausch eingekleidet ist. Ganz im Gegensatz zum BGH wird damit die Sanktionierung eines Wettbewerbsverbotes von der vereinbarten Gegenleistung abhängig, denn konsequenterweise müßte das OLG die Anwendbarkeit des § 1 GWB ablehnen, wenn die Konkurrenzklausel mit einer festen Geldsumme vergütet worden wäre.

Dieses Ergebnis vermag nicht zu überzeugen. So ändert die spezielle Gewinnabhängigkeit der Vergütung und damit die gemeinsame Interessenrichtung der Beteiligten nichts an der Tatsache, daß die Vereinbarung eine gegenseitige ist. Der eine Teil leistet mit der Beschränkung seiner wettbewerblichen Handlungsfreiheit vor, der andere Teil gewährt dafür eine Gegenleistung mit wechselnder Höhe.⁵⁾

In einem Widerspruch verwickelt sich das Gericht, wenn es betont, daß für die Annahme des gemeinsamen Zwecks allein entscheidend sei, ob die Wettbewerbsbeschränkung für sich

1) a.a.O., S. 2034; zur Berücksichtigung partiarischer Gesichtspunkte

2) a.a.O., S. 2034

vgl. S. 204

3) a.a.O., S. 2034, 2035

4) im vorliegenden Sachverhalt war ebenfalls eine vom Gewinn der Gegenpartei abhängige Vergütung vereinbart.

5) vgl. grundlegend zu partiarischen Rechtsverhältnissen: Larenz § 62 II d

genommen im wesentlichen von einem gemeinsamen Interesse getragen wird¹⁾. Denn soll nur dieses Kriterium ausschlaggebend sein, so kann der breit geprüften Frage nach der Gegenleistung kein Gewicht mehr zukommen. Auch die Tatsache, daß der sich wettbewerblich Beschränkende das weitere Interesse verfolgt, sein Wettbewerbsverzicht möge sich für den Vertragspartner günstig auswirken, kann dann keine Berücksichtigung finden.

Letztlich bleibt festzustellen, daß das OLG auch wettbewerbspolitisch der vom BGH vorgezeichneten Richtung noch nicht folgen kann. Denn während sich in den Urteilen des BGH die Tendenz abzeichnete, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen der Regelungsbefugnis der Parteien zu entziehen und insofern die Privatautonomie zu beschränken, so verharrete die Entscheidung des OLG Düsseldorf noch auf dem Standpunkt, auch marktregelnde Absprachen grundsätzlich der Disposition der Beteiligten zu überlassen.

Bei Kunden- Gebiets- und Sortimentsabsprachen setzte die neue Interpretation des gemeinsamen Zwecks mit der Entscheidung des BGH vom 24.2.1975 ein²⁾.

Die betroffenen Parteien waren beide Speditionsunternehmen und damit direkte Konkurrenten, die einen Vertrag über die Grenzabfertigung von Schnittblumen abgeschlossen hatten. Danach verpflichtete sich die Beklagte, gegen Vergütung im Namen und für Rechnung der Klägerin deren Transporte abzufertigen. Außerdem vereinbarten die Beteiligten u.a., weder selbst noch durch Dritte in den Kundenkreis des Partners einzudringen.

Der BGH führte in seiner Begründung aus, der Schluß liege nahe, "daß Regelungen, die in dieser Weise die Kundenkreise gegeneinander abgrenzen, einem gemeinsamen Zweck dienen,

1) a.a.O., S. 2035

2) WuW/E BGH 1353 Schnittblumentransport, Vorinstanz:
WuW/E OLG (Düsseldorf) 1479 vom 9.4.1974

wenn sie von Wettbewerbern getroffen werden oder jedenfalls potentiellen Wettbewerb ... beschränken" ¹⁾).

Damit war die Einstufung von Absprachen obiger Art künftig vorgegeben und auch eine Abgrenzung des § 1 GWB zu den Bestimmungen der §§ 15 ff GWB aufgezeigt. Regeln Wettbewerber ihre Marktverhältnisse untereinander und führen eine Einigung auf horizontaler Ebene herbei, indem sie sich im Einsatz ihrer marktbezogenen Handlungsfreiheit beschränken, so ist eine gemeinsame Interessenrichtung i.S.d. § 1 GWB zu bejahen. Unerheblich muß dann sein, ob sich der Vertrag und die spezielle wettbewerbsbeschränkende Abrede als Austauschvereinbarung zeigt oder eine, wie auch immer geartete, gesellschaftsähnliche Einigung vorliegt ²⁾. Die Abgrenzung zu den Vorschriften der §§ 15 ff GWB ergibt sich aus der Feststellung, auf welcher Ebene die Vereinbarung geschlossen wurde. So findet § 1 GWB jedenfalls dann Anwendung, wenn eine aktuelle bzw. potentielle Wettbewerbslage tangiert wird, während sich die §§ 15 ff GWB auf vertikale Wettbewerbsabsprachen beschränken. Auch dieses Ergebnis läßt sich mit der bisher gefundenen Interpretation des gemeinsamen Zwecks begründen.

So liegt der Zweck des Vertrages in der gegenseitigen Regelung der Marktposition, die dadurch erzielt wird, daß die Parteien jeweils für den Preis der eigenen wettbewerbliehen Handlungsfreiheit ihren Kundenstamm ungefährdet behalten. Letztlich wird damit auch in diesen Fällen die Stellung am Markt ge- bzw. verkauft und damit zum Handelsobjekt gemacht; einziger Unterschied zu den bisher besprochenen Verträgen ist die Art der Gegenleistung, die hier nicht in der Zahlung einer Geldsumme sondern in der gleichzeitigen Beschränkung auf einem anderen Marktsegment besteht.

Der Kartellsenat lehnte eine gleichlaufende Interessenlage in der Schnittblumen-Entscheidung allerdings ab, weil die

1) a.a.O., S. 1355

2) "....der Umstand.. eines Austauschvertrages...steht einer Beurteilung nach § 1 GWB nicht entgegen", BGH a.a.O., S. 1355

weil die Konkurrenzverbote Bestandteile des Leistungsaustausches waren und keinem darüber hinausgehenden Zweck dienen sollten¹⁾²⁾. Auch hier ergab sich wie in der zeitlich später liegenden Fertighäuser-Entscheidung³⁾ das Problem, daß sich das Kundenschutzabkommen als Nebenabrede zur Sicherung der Speditionsabsprache darstellte und lediglich der Gefahr eines Eindringens in den Kundenkreis des Partners entgegenwirken sollte⁴⁾. Kriterium für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks i.S.d. Kartellverbots war für das Berufungs- wie für das Revisionsgericht die Frage nach der Erforderlichkeit des Wettbewerbsverbotes. Besonders das OLG stellte in seiner Begründung heraus, daß eine Konkurrenzklause, die zur Sicherung der Hauptabrede nicht erforderlich gewesen wäre, "nur einem gemeinsamen Zweck i.S.d. § 1 GWB hätte dienen können"⁵⁾.

Schon an anderer Stelle wurde erwähnt, daß die Feststellung einer Interessenharmonie nur mittelbar mit einem objektiven Überprüfungsmaßstab zu treffen ist⁶⁾. Vielmehr eröffnet sich die Rechtsprechung mit dieser Handhabung m.E. eine variable und weite Anwendungsmöglichkeit des § 1 GWB, die allerdings mit der herkömmlichen Betrachtungsweise des Tatbestandsmerkmals des gemeinsamen Zwecks auch im Sinne einer gleichgerichteten Interessenlage nicht mehr vereinbar ist⁷⁾.

Die Ausführungen des BGH in der Schnittblumentransport-Entscheidung über die Abgrenzungsvereinbarungen von Wettbewerbern blieben nicht ohne Reaktion.

1) a.a.O., S. 1355; vgl. dazu auch WuW/E OLG(Düsseldorf) 2593 Silotransporte vom 14.7. 1981; WuW/E OLG(Hamburg) 2586 EDV-Beratung vom 21.5.1981

2) für das OLG Düsseldorf waren die Kundenschutzzusagen aus dem Leistungsaustausch "herleitbar", OLG a.a.O., S. 1482

3) vgl. S.58 f

4) vgl. OLG a.a.O., S. 1482

5) a.a.O., S.60 f

6) vgl. S.60 f

7) vgl. dazu ausführlich S.73 ff

So sprach sich das OLG Hamburg für einen Verstoß gegen das Kartellverbot bei einem gegenseitigen Gebietsschutz aus¹⁾. Der Tatsache, daß die Gebietsabsprache im Rahmen eines Kaufvertrages vereinbart wurde und dem Käufer die Amortisation des Kaufpreises ermöglichen sollte, legte das Gericht kein Gewicht bei, weil sonst durch jedwede Verknüpfung mit einem Individualvertrag das Verbot der Kartellbindung umgangen werden könnte²⁾.

Auch der Frage nach dem gemeinsamen Zweck geht der Senat nicht näher nach sondern verweist darauf, daß die Aufteilung eines Marktes kennzeichnend für eine gesellschaftsähnliche Vertragsstruktur ist³⁾.

Problematisch war in dem zu beurteilenden Sachverhalt allerdings, daß für den Verkauf eine Gebietsabgrenzung zur rationellen Nutzung des Kaufgegenstandes vorteilhaft oder sogar notwendig war. Auch dieser Aspekt änderte an der Sanktionierung des Vertrages durch das OLG nichts. Der Senat führte insofern aus, daß der Verkauf eines Unternehmens, für den ein Wettbewerbsverbot zulässig sei, mit dem zu beurteilenden Verkauf eines Straßenbaugerätes kartellrechtlich nicht vergleichbar wäre. Kundenbeziehungen seien im Gegensatz zu einer Unternehmensveräußerung als Vermögensgegenstand noch nicht existent und nicht mit dem Verkaufsgegenstand verbunden⁴⁾.

Diese Argumentation kann m.E. nicht vollständig überzeugen, deutet aber schon hier die unterschiedliche Einstufung von Unternehmensveräußerungsverträgen durch die Judikatur an. So ist die Notwendigkeit einer wettbewerblichen Einschränkung

1) WuW/E OLG 1785 Hydraulik-Hammer vom 8.7.1976

2) a.a.O., S. 1786

3) a.a.O., S. 1787

4) a.a.O., S. 1788

jeweils objektiv zu prüfen und kann aus verschiedenen Ursachen resultieren. Ist im vorliegenden Sachverhalt die Kapazität des verkauften Gerätes so hoch, daß eine rentable Nutzung nur durch Einräumung eines Gebietsschutzes erreicht wird, so bleibt tatsächlich zu fragen, ob die Konkurrenzabsprachen nicht zur Erfüllung der Hauptabrede erforderlich waren. Die Übertragung des Kundenstammes und des good will bei einem Unternehmensverkauf ist hiermit überhaupt nicht vergleichbar und stellt einen völlig anderen Vorgang dar.

Eine weitere Möglichkeit, den Kundenkreis untereinander aufzuteilen, besteht in der Regelung des Sortiments. Nach der Sanktionierung von Gebiets- und Kundenabsprachen durch die Rechtsprechung war es nur konsequent, § 1 GWB auch auf diese Vereinbarungen anzuwenden¹⁾.

Die Suche nach einer gemeinsamen Interessenrichtung gestaltet sich allerdings hier etwas schwieriger. So versuchen die Beteiligten nicht, auf der Absatzseite eine Aufteilung des Marktes zu erreichen, indem sie Verkaufsgebiete oder Kundenstämme festlegen. Vielmehr erfolgt eine Diversifikation auf der Angebotsseite durch Beschränkung der Produktpalette, wobei jeder Wettbewerber das einseitige Ziel verfolgt, auf seinem Marktsegment durch die vertragliche Ausschaltung des Konkurrenten Fuß zu fassen. Insofern besteht zwischen den Vertragsparteien auch keine gleichgerichtete Interessenlage an den jeweiligen Marktverhältnissen der Gegenseite, jeder verfolgt seine eigenen unterschiedlichen Absichten.

Mit dieser Argumentation lehnte das Berufungsgericht in der Sortimentsabgrenzung-Entscheidung einen gemeinsamen

1) vgl. BGH in WuW/E BGH 1597 Erbaueinandersetzung vom 6.3.1979; BGH in WuW/E BGH 1709 Sortimentsabgrenzung vom 22.4.1980

Zweck i.S.d. § 1 GWB ab¹⁾). Wie schon das OLG Düsseldorf²⁾³⁾ in der Transportbeton-Entscheidung, forderte auch hier das Gericht eine Interessensharmonie, die über den Austausch der Leistungen hinaus die Vertragsparteien verbindet.

Der BGH stellte demgegenüber in seiner Begründung zu diesem Urteil klar, daß das Fehlen einer derartigen Beziehung einer Einstufung des Vertrags als Kartellvereinbarung nicht entgegensteht und führte damit seine neuere Entscheidungspraxis fort⁴⁾. Allein ausreichend für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks ist die Tatsache, daß die Parteien eine Regelung des Wettbewerbs anstreben, welche sie durch gegenseitige Begrenzung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zu erreichen versuchen⁵⁾.

Ein weiteres Problem ergab sich allerdings bei der Erbaus-einandersetzung-Entscheidung des BGH daraus, daß sich die Wettbewerbsverbote in Form einer Sortimentsabsprache als Nebenvereinbarung zeigten, um die wirtschaftlichen Vorteile des Auseinandersetzungsvertrages zu sichern. Vergleichbar mit den schon dargestellten Urteilen des Kartellsenats in der Schnittblumen-⁶⁾ bzw. Fertighäuser-Entscheidung⁷⁾ beurteilte das Gericht die Konkurrenzklausel unter dem Gesichtspunkt, ob diese "zur Erreichung des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks der Auseinandersetzung und Abfindung sachlich erforderlich war"⁸⁾. Den sich aus dieser Fragestellung

1) a.a.O., S. 1710

2) WuW/E OLG 2032

3) vgl. S. 65 ff

4) a.a.O., S. 1710

5) vgl. auch BGH a.a.O., S. 1710

6) WuW/E BGH 1353; vgl. S. 67 ff

7) WuW/E BGH 1525; vgl. S. 58 ff

8) a.a.O., S. 1599

ergebenden Konsequenzen ist im Folgenden nachzugehen, zumal sich die aufgezeigte Problematik als ein Schwerpunkt der Unternehmensveräußerungsverträge darstellt und so einen Vergleich bzw. einen guten Einstieg in das nächste Kapitel bietet.

Ausgangspunkt soll in diesem Zusammenhang nochmals die Stellung der neueren Judikatur zu denjenigen Verträgen sein, die eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung als Hauptabrede beinhalten. So vielfältig sich die dargestellten Entscheidungen zeigen, so sehr ist das Bestreben der Rechtsprechung erkennbar, marktregelnde Absprachen, in denen die Parteien Wettbewerbspositionen zur Verfügung stellen, die sich durch Beschränkung ihrer marktbezogenen Handlungsfreiheit ergeben, der Privatautonomie der Beteiligten zu entziehen.

Ansatz bleibt dabei die Frage, ob die Parteien über Marktpositionen bestimmen möchten, also Wettbewerb abkaufen¹⁾, bzw. Stellungen am Markt austauschen oder abgrenzen wollen - ob somit die Beteiligten mit ihrer Vereinbarung auch das Ziel verfolgen, eine Marktregelung herbeizuführen. Darin nämlich, in der Feststellung, daß die Vertragsparteien über Wettbewerbspositionen disponieren, liegt für die Judikatur neben der Abgrenzung zu den §§ 15 ff GWB die Funktion des Tatbestandsmerkmals "zu einem gemeinsamen Zweck". So wird mit der Suche nach einer gleichgerichteten Interessenlage zwangsläufig auf den Willen der Beteiligten abgestellt²⁾, wobei vor allem der BGH in den bisher referierten Entscheidungen deutlich machte, daß dabei die vereinbarte Gegenleistung für die Einstufung des Vertrages als Kartellvereinbarung außer Betracht bleibt.

Für Verträge, bei denen die Wettbewerbsbeschränkung neben einer anderen Abrede steht, müßte die Rechtsprechung dann konsequenterweise

1) so K. Schmidt, a.a.O., S. 29

2) vgl. auch Steindorff BB 77, 569 ff, 571

der Frage nachgehen, ob die Beteiligten mit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots den Übergang einer von dem anderen Vertragszweck unabhängigen Wettbewerbsposition anstrebten, oder ob die wettbewerbliche Klausel von den Parteien nur in Verbindung mit dem weiteren Inhalt der Abrede gesehen wurde.

Wie die dargestellten Entscheidungen aufzeigten, bewertete der BGH die Konkurrenzklausel demgegenüber unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Notwendigkeit im Verhältnis zur Hauptabsprache¹⁾.

Die Ausrichtung der Prüfung auf die Erforderlichkeit eines Wettbewerbsverbots kann aber nur mittelbar die Beantwortung des Problems vorantreiben, ob die Beteiligten die Klausel im obigen Sinne als Handelsobjekt betrachten. Sicherlich ist nicht von der Hand zu weisen, daß eine Ungleichgewichtigkeit des Vertrages in Form einer Überbetonung der wettbewerblichen Beschränkung ein Indiz dafür bietet, daß die Vertragsparteien auch eine kartellrechtlich zu sanktionierende Abrede getroffen haben. Denn der sich wettbewerblich beschränkende Vertragsteil wird normalerweise anstreben, die Beschneidung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit möglichst gering und vor allem zeitlich möglichst kurz zu halten, sodaß aus einer Einschränkung, die der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nicht mehr dienlich ist, die Folgerung nahe liegt, daß die Parteien den (weiteren) Übergang einer Wettbewerbsposition anstreben. Insofern kann die Überprüfung des Vertragswerkes mit objektiven Kriterien anzeigen, ob bei Abschluß des Vertrages eine kartellrechtlich relevante Interessenrichtung bei den Parteien vorliegt.

Aus den Entscheidungsgründen der Gerichte vor allem in den Schnittblumen- bzw. Erbauseinandersetzung-Urteilen geht allerdings hervor, daß eine unnötig weite Konkurrenzklausel

1) vgl. S. 59, 69

nicht nur als Beweisanzzeichen zu werten ist, sondern daß daraus zwingend die Vorlage des gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 1 GWB zu folgern ist¹⁾, womit sich die Rechtsprechung der Meinung des BKartA anschließt²⁾. Mit dieser Ausrichtung trennt sich die Judikatur von der Prüfung einer gemeinsamen Interessenlage im bisherigen Sinne, die letztlich immer nach einer subjektiven Komponente zu fragen hat. Gleichzeitig sind Unstimmigkeiten vorgegeben, denn mit einem Blickwinkel, der einen Sachverhalt anhand objektiver Gesichtspunkte betrachtet, kann nicht zwingend auf das Vorliegen eines, auf subjektiven Kriterien basierenden Tatbestandsmerkmals geschlossen werden. Eine Wettbewerbsklausel rückt nicht deshalb in das gemeinsame Interesse der Beteiligten, weil sie objektiv als nicht erforderlich eingestuft wurde und ist umgekehrt nicht darum aus der gleichgerichteten Zielsetzung der Parteien zu streichen, weil sie der Äquivalenz der vertraglichen Hauptleistungspflicht dient³⁾. Vielmehr kristallisiert sich hier m.E. eine neue Interpretationsrichtung heraus, die aber mit der vordergründigen Frage nach einer gemeinsamen Interessenrichtung einen falschen Ansatz wählt⁴⁾.

So eröffnet sich die Rechtsprechung die Möglichkeit, jeden Vertrag, der die wettbewerbliche Freiheit tangiert, mit den

1) vgl. WuW/E OLG 1482 und WuW/E BGH 1599

2) vgl. BKartA im Tätigkeitsbericht 1969, S. 59; BT-Drucks. VI 950

3) so aber Ohlgart Rabels Z 1973, 545 ff, 549; Ebel WuW 79, 792 ff, 794; dagegen auf der Grundlage der Kartellformenlehre Bechthold in WuW 77, 460 ff, 461: "Überspitzt könnte man sonst sagen, daß jeder Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung objektiv nicht ausgewogen sind, dadurch vom Austausch- zum Gesellschaftsvertrag werde."

4) Steindorff a.a.O., S. 571 spricht insofern von einem "Glasperlenspiel", ebenfalls ablehnend K. Schmidt a.a.O., S. 53 ff; ders. BB 79, 1173 ff, 1174; Belke ZHR 143 (1979) S. 74 ff. 81

dargestellten Überprüfungsmaßstäben zu durchleuchten und unter dem Aspekt zu überprüfen, ob die wettbewerbsbeschränkende Klausel unter Beachtung des weiteren Vertragszwecks i.S.d. § 1 GWB erforderlich, notwendig oder dienlich ist¹⁾. Wettbewerbspolitisch legte sich die Judikatur damit ein Instrumentarium in die Hand, das es ihr ermöglicht, mit äußerster Flexibilität zu agieren und den Anwendungsbereich des Kartellverbots weitgehend auf die Ziele, die mit dem GWB erreicht werden sollen, auszurichten. Denn einerseits erreicht sie eine völlige Einbeziehung aller wettbewerbsbeschränkender Verträge unter den Überprüfungsmaßstab des § 1 GWB, um andererseits mit der Frage der Erforderlichkeit eine Selektion und Einschränkung des Kartellverbots vornehmen zu können, die sich anhand des Gesetzeszwecks orientiert.

c. Unternehmensveräußerungsverträge

Durch die neue Auslegung des Tatbestandsmerkmals "zu einem gemeinsamen Zweck" war natürlich eine Ablehnung des § 1 GWB bezüglich der Behandlung von Unternehmensveräußerungsverträgen mit der früheren Argumentation²⁾ nicht mehr möglich, da das Kartellverbot bei Austauschverträgen zwischen (potentiellen) Wettbewerbern unstreitig Anwendung finden kann. Umsomehr war von Interesse, wie die Judikatur die wettbewerbsbeschränkenden Abreden, die bei Unternehmensverkäufen oft zur Sicherung der Hauptabrede dienen sollen, einstufte. Gerade unter Beachtung der Prüfung nach objektiven Erforderlichkeitskriterien durch den BGH in den jüngeren Entscheidungen konnte erwartet werden, daß auch die Konkurrenzklauseln bei Betriebsveräußerungen nach ihrer Funktionalität und Notwendigkeit

1) zustimmend zu dieser Tendenz im Ergebnis K. Schmidt BB 79, 1175, der diese Frage aber mit Steindorff a.a.O., S. 570 f im Rahmen einer immanenten Beschränkung des Kartellverbots behandelt wissen will. Belke a.a.O., S. 90 siedelt das Problem ohne nähere Begründung beim Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung an; vgl. S. 181

2) vgl. S. 43 ff

beurteilt wurden¹⁾.

Die erste Entscheidung, die andeutete, daß auch bei Betriebsveräußerungen trotz deren Charakterisierung als Austauschvereinbarungen das Kartellverbot Anwendung finden kann, ist die des BGH vom 9.11.1973²⁾.

Das Gericht führte in den Entscheidungsgründen aus, daß § 1 GWB im vorliegenden Fall nur deshalb keine Anwendung finde, weil "der Kaufvertrag keine über den Austausch von Leistung und Gegenleistung hinausgehende Vereinbarung enthält"³⁾, woraus jedenfalls gefolgert werden kann, daß das Vorliegen eines synallagmatischen Vertrages die Anwendung des § 1 GWB nicht ausschließt. Ansonsten muß dieses frühe Urteil unbefriedigend bleiben, insbesondere dann, wenn man sich vor Augen führt, daß der BGH mit dieser pauschalen Begründung ein zeitlich unbeschränktes Wettbewerbsverbot der Sanktionierung durch § 1 GWB entzog, was die Frage aufwirft, welche Funktion das Gericht dem Kartellverbot bei der Beurteilung von Konkurrenzklauseln überhaupt noch zubilligt.

Zudem verwickelte sich der Senat in Widersprüche, wenn er an anderer Stelle⁴⁾ die Konkurrenzklausel unter Berücksichtigung des geforderten Kaufpreises als nicht unbillig i.S.d. § 138 BGH empfand und somit doch eine Beziehung zwischen wettbewerblicher Beschränkung und Vergütung herstellte. Das Gericht stellte demnach doch eine Beziehung zwischen wettbewerblicher Beschränkung und Vergütung her, indem das Wettbewerbsverbot im Hinblick auf eine mögliche, sittenwidrige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit überprüft wurde.

Unter dem Eindruck der neuen Rechtsprechung und hier vor allem der Entscheidung des BGH im Fertigbeton-Fall⁵⁾ stand das Urteil des OLG Frankfurt vom 30.6.1977⁶⁾.

1) so auch die Forderung von Ohlgart a.a.O., S. 550

2) WuW/E BGH 1317 Müllabfuhr

3) a.a.O., S. 1320

4) a.a.O., S. 1319

5) WuW/E BGH 1458; vgl. S. 62 ff

6) WuW/E OLG 1877 Zementmischer, Revision: WuW/E BGH 1600 Frischbeton vom 13.3.1979

Zu Beurteilen war ein 10-jähriges Wettbewerbsverbot auf dem Markt für Transportbeton in einem Umkreis von 25 km um die verkauften Betonwerke.

Das OLG lehnte eine gemeinsame Interessenrichtung i.S.d. § 1 GWB ab, indem es ausführte, daß die Parteien vertraglich gegenläufige Interessen im Wege des Austausches von Leistung und Gegenleistung regelten, wobei jeder Beteiligte nur die eigenen, mit denen des anderen nicht übereinstimmenden Interessen verfolgte¹⁾. Während der Verkäufer bestrebt war, einen günstigen Kaufpreis zu erzielen, lag für den Käufer der Haupt Gesichtspunkt des Vertrages darin, im Gebiet der gekauften Unternehmen eine günstige Wettbewerbsposition zu erhalten, welche durch die Konkurrenzklausel gesichert werden sollte. Daraus zog das Gericht den Schluß, daß die wettbewerbliche Einschränkung nur einseitig den Interessen des Käufers diene, was für den Senat auch aus der weiteren Tatsache abzuleiten war, daß der Veräußerer versuchte, daß auferlegte Wettbewerbsverbot zu umgehen.²⁾

Mit dieser Argumentation erinnert das Urteil an die Ausführungen des OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 7.6.1977³⁾, die schon an anderer Stelle besprochen wurde und auf die hier verwiesen werden soll⁴⁾. Offensichtlich fordert der Senat für die Erfüllung eines gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 1 GWB eine direkte wirtschaftliche Interessenverbundenheit, die nach der Argumentation des Gerichts eigentlich nur dann erreicht werden könnte, wenn der Verkäufer eines Unternehmens direkt an den Folgen des Wettbewerbsverbots partizipiert. Damit lebt der Gedanke der gewinnabhängigen Gegenleistung wieder auf, der wettbewerbspolitisch unbefriedigend ist⁵⁾ und m.E. in den schon

1) a.a.O., S. 1878

2) a.a.O., S. 1879

3) WuW/E OLG 2032 Interessengebiet für Transportbeton-Produktion

4) vgl. dazu S.65 ff

5) vgl. S. 66 zur Berücksichtigung partiarischer Gesichtspunkte vgl. S.204

zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Urteilen des BGH keine Stütze fand.¹⁾

Auch die schon 1975 in der Schnittblumen-Entscheidung des BGH²⁾ vollzogene Prüfung nach Erforderlichkeitsgesichtspunkten ist in den Entscheidungsgründen des OLG Frankfurt nicht zu finden. Den Grund dafür zeigte das Gericht selbst auf wenn es ausführt, daß auch eine Wettbewerbsklausel, der mehr Bedeutung zukommt als die bloße Absicherung des Austauschverhältnisses, nicht als Kartellabsprache zu werten ist³⁾. Denn sonst, so der Senat, müßte jeder Vertrag mit der Verpflichtung zur Enthaltung des Wettbewerbes, insbesondere Betriebsstillegungen, dem Kartellverbot unterfallen.

Mit dieser ungenauen Begründung, die weitab von jeglicher Einstufung der Wettbewerbsabsprachen nach objektiven Gesichtspunkten liegt, setzte sich das Gericht für eine restriktive Handhabung des § 1 GWB bei Unternehmensveräußerungen im Gegensatz zu sonstigen Austauschverträgen ein, bei denen die Judikatur eben diesem Aspekt der "Übersicherung" der Hauptabrede einen Schwerpunkt einräumte. Ungenau ist die Argumentation des Gerichts deshalb, weil bei Betriebsübergängen und Unternehmensstillegungen nicht jede Konkurrenzklausel dem Kartellverbot unterfallen würde. Führt man bei der Frage nach einer gemeinsamen Interessenrichtung eine Prüfung nach Erforderlichkeitskriterien durch, so könnte sich die Angemessenheit einer wettbewerblichen Einschränkung an die Feststellung knüpfen, inwieweit ein Wettbewerbsverzicht vonnöten ist, um den Übergang des Unternehmens bzw. die sich aus der Stillegung ergebenden Vermögenswerte zu sichern⁴⁾. Damit wird m.E.

1) so aber Benisch (ZGR 1978, 197 ff, 200), der der Gewinnabhängigkeit in der Fertigbeton-Entscheidung ein entscheidendes Gewicht für die Bejahung des gemeinsamen Zwecks zumißt; vgl. auch Ebel, a.a.O., S. 796

2) WuW/E BGH 1353; vgl. S. 67 ff

3) a.a.O., S. 1879

4) vgl. auch Ohlgart a.a.O., S. 552

im Gegensatz zur Auffassung des OLG¹⁾ auch nicht der Zweck des § 1 GWB durchkreuzt, der Wettbewerbsbeschränkungen eben nicht verhindern will, falls sie im Zusammenhang mit dem Austritt eines Unternehmens aus dem Wettbewerb stehen. So wird das Verlassen des Marktes und die Verwertung der bis dahin aufgebauten Wettbewerbsposition durch Verkauf den Beteiligten keinesfalls verwehrt, eine Wettbewerbsbeschränkung, die dem Erreichen dieser Zielsetzung dient, unterfällt nicht dem Kartellverbot. Darüber hinausgehende Wettbewerbsverbote, die die (potentielle) Marktstellung der Parteien zueinander regeln sollen, wären demgegenüber allerdings dem Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgesetzt.

Bewertete das OLG Frankfurt den Unternehmenskauf unter Nichtbeachtung der neueren Auslegungsregeln zum gemeinsamen Zweck, so konnte man von der Revisionsentscheidung²⁾ die Anwendung eben dieser Grundsätze erhoffen, zumal das Urteil kurze Zeit nach der Erbauseinandersetzung-Entscheidung erging. Diese Erwartung erfüllte sich allerdings nicht, vielmehr bestätigte der BGH die Entscheidung des Berufungsgerichts bezüglich der Feststellungen zu § 1 GWB vorbehaltlos. Auch der Kartellsenat sah demgemäß eine gleichgerichtete Interessenlage als nicht gegeben an, weil das Wettbewerbsverbot den wirtschaftlichen Zielsetzungen des Verkäufers widersprach, ausschließlich der Absicherung des Käufers diene und dem Verkäufer auch nicht indirekt ein Vorteil aus den erstrebten Marktergebnissen zufließt³⁾. "Das Ziel der Wettbewerbsbeschränkung und der durch sie angestrebte Erfolg war damit kein gemeinsames Anliegen der Parteien"⁴⁾ Dieses Urteil ist m.E. zu Recht kritisiert worden⁵⁾ und

1) a.a.O., S. 1879 unter Berufung auf die Senatsentscheidung vom 30.8.1973=WuW/E OLG 1417

2) vgl. WuW/E BGH 1600

3) BGH a.a.O., S. 1601

4) BGH a.a.O., S. 1601

5) vgl. Ulmer NJW 79, 1585; K. Schmidt BB 79, 1173; Zustimmend: Ebel a.a.O., S. 794, 796

steht in krassem Gegensatz zur Behandlung anderer Austauschvereinbarungen durch die Judikatur. So hat die bisherige Untersuchung deutlich gemacht, daß insbesondere der BGH für die Bejahung des § 1 GWB keine gesellschaftsähnliche Vertragsstruktur forderte, die sich vor allem durch eine gewinnabhängige Vergütung des Wettbewerbsverbotes auszeichnet, sondern die Vereinbarung unabhängig von der Einkleidung des Konkurrenzverbotes in die sonstigen Vertragsabsprachen bewertete¹⁾. Außerdem läßt die Entscheidung, wie schon das Berufungsurteil, jegliche Einstufung des Wettbewerbsverbotes nach der Notwendigkeit für die Erfüllung der Hauptabrede, nämlich des Unternehmensübergangs, vermissen. Auffällig bleibt des weiteren, daß die Gerichte in allen referierten Urteilen ihre Entscheidung nicht nur auf § 1 GWB,

1) so aber jetzt der Kartellsenat mit der Forderung eines indirekten Vorteils aus den erstrebten Marktergebnissen; vgl. auch Ulmer, a.a.O., S. 1586

sondern auch auf § 138 BGB stützen¹⁾. So sprach sich der BGH im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts für eine Sittenwidrigkeit des Wettbewerbsverbots in der Frischbeton-Entscheidung aus²⁾. Die Sittenwidrigkeit sei darin zu sehen, daß sich der Unternehmensveräußerer in einer "mit den gesunden Auffassungen nicht mehr zu vereinbarenden Weise in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und Berufsausübung eingeschränkt habe"³⁾.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, ausführlicher zu der Spruchpraxis der Rechtsprechung⁴⁾ bezüglich der Behandlung von Wettbewerbsverboten unter dem Lichte des § 138 BGB Stellung zu nehmen. Festzustellen ist aber, daß die Judikatur Vereinbarungen über Betriebsveräußerungen einerseits dem Überprüfungsmaßstab des § 1 GWB entzieht, um sie andererseits gemäß § 138 BGB, der ein "ethisches Minimum" im Geschäftsverkehr durch Ahndung gröblicher Verstöße gegen die anerkannte Sozialmoral wahren soll⁵⁾, für sittenwidrig zu erklären⁶⁾. Dieses Ergebnis befriedigt nicht, denn abgesehen von den Auswirkungen für die Kartellamtspraxis⁷⁾ ist schon bei Berücksichtigung der verschiedenen Schutzbereiche der

1) vgl. auch WuW/E OLG (Stuttgart) Filterbau vom 18.8.1972, welches sich nur mit der Vereinbarkeit des Vertrages mit § 138BGB beschäftigt

2) BGH a.a.O. S. 1602

3) a.a.O. S. 1602

4) vgl. dazu statt aller Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 5 w

5) vgl. Larenz AT § 22 III a

6) wobei allerdings unter Heranziehung des "ordre public" bei der Anwendung des § 138 BGB insbesondere durch das OLG Stuttgart (vgl. WuW/E OLG 1953, 1954 vom 23.9.1977) die "gesetzlichen Wertungen..., wie sie im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen...getroffen worden sind" beachtet wurden; vgl. dazu Ulmer a.a.O. S. 1586 sowie allgemein zur Beachtung der öffentlichen Ordnung bei der Anwendung des § 138 BGB Flume BGB AT § 18, 1

7) ein Rückgriff auf § 138 BGB verbietet sich im Rahmen der §§ 37a, 38 GWB, worauf K.Schmidt BB 79, 1175 hinweist

oben genannten Normen nicht verständlich, warum eine Anwendung des Kartellverbots auf Unternehmensveräußerungen ausgeschlossen sein soll.

Auf diesen Aspekt wies das in der Literatur¹⁾ mehrfach gelobte Urteil des OLG Hamm aus dem Jahre 1972 hin²⁾. Das Gericht führte hierzu aus, es sei nicht einzusehen, warum nur die individuelle Freiheit des Betroffenen geeignet sein sollte, Vereinbarungen mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt im Rahmen von Austauschverträgen einzugrenzen, nicht hingegen auch das, in § 1 GWB verkörperte, öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung, zumal beide Schutzgüter gleich schwer wiegen. Denn sonst "würde man es den Vertragspartnern letztlich anheim stellen, jegliche Wettbewerbsbeschränkungen durch ihre Einbeziehung in einen Austauschvertrag dem Geltungsbereich der §§ 1 ff GWB zu entziehen"³⁾.

Die vorliegende Untersuchung hat festgestellt, daß gerade der letztgenannte Gesichtspunkt die Rechtsprechung veranlaßte, auch synallagmatische Verträge dem Anwendungsbereich des § 1 GWB zu unterziehen. Wenn die Entscheidung des OLG Hamm speziell bei der Beurteilung von Unternehmensveräußerungsverträgen lange Zeit ein Einzelfall geblieben ist so liegt dies m.E. an dem Umstand, daß ein Betriebsübergang ein wettbewerbspolitisch billigungswerter Vorgang ist, bei dem die marktbezogenen Beschränkungen im Gegensatz zu den anderen aufgeführten Austauschvereinbarungen dem Übergang vor allem von immateriellen Werten⁴⁾ dient. So bleibt natürlich die Überprüfung derartiger Verträge unter dem

1) Belke a.a.O. S. 91; Mestmäcker in Hoppmann/Mestmäcker S. 30 f; Ohlgart a.a.O. S. 552; K. Schmidt, Kartellverbot S. 35 Rittner § 18 III B 2 (3) spricht in diesem Zusammenhang von "Kartellersatzvorschrift"

2) GRUR 1973, 421 Textilspitzen vom 6.6.1972

3) a.a.O., S. 423

4) Verwertung des good will, know how sowie Kundenstammes

Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit gem § 138 BGB geöffnet, andererseits scheut sich die Judikatur, den Vorgang eines Betriebsüberganges durch die Anwendung des § 1 GWB zu stören. Auf diese gesonderte Stellung der Unternehmensverkäufe weisen insbesondere die schon besprochenen Urteile des OLG Hamburg¹⁾ sowie des OLG Frankfurt²⁾ hin. Die Mitübertragung des Kundenstamms als bereits existente und mit dem Unternehmen verbundener Vermögensgegenstand zeichnet die Betriebsüberlassungen im Gegensatz zu anderen Vertragsinhalten aus³⁾; eine Anwendbarkeit des Kartellverbots würde nach Auffassung dieser Gerichte dazu führen, daß jede Stilllegung bzw. jeder Übergang von Mehrheitsanteilen an Unternehmen ein unzulässiges Kartell wäre, was mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar ist⁴⁾.

Es wurde schon aufgezeigt, daß diese Argumentation nicht schlüssig ist und im Widerspruch zur Behandlung anderer Austauschverträge durch die Judikatur steht. Offensichtlich unter dem Eindruck der massiven Kritik, die sich an diese Spruchpraxis anschloß, vollzog der BGH mit der Holzpaneele-Entscheidung⁵⁾ die längst nötige Korrektur und unterstellte Unternehmensverkäufe den gleichen Prüfungskriterien wie andere synallagmatische Vereinbarungen. Demnach fehlt es an einer gleichgerichteten Interessenlage, soweit das Wettbewerbsverbot erforderlich ist, während bei darüber hinausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen ein gemeinsamer Zweck i.S.v. § 1 GWB vorliegt. Für diese Überprüfung kommt es im wesentlichen darauf an, inwieweit Konkurrenzschutzklauseln zur Übertragung der Unternehmen mit seinen Kundenbeziehungen notwendig sind⁶⁾. Der BGH setzte demnach seine in der Fertigbeton-Entscheidung ausgedrückte Spruchpraxis mit der Ausrichtung des Tatbestandsmerkmals der gemeinsamen Zweckrichtung auf sachliche Erforderlichkeitserwägungen fort, weshalb auch im Rahmen dieser Arbeit auf die Besprechung dieses Urteils verwiesen werden soll⁷⁾.

1) WuW/E OLG 1785; vgl. S. 70

2) WuW/E OLG 1877 vgl. S. 77 f

3) so das OLG Hamburg a.a.O., S. 1788

4) so das OLG Frankfurt a.a.O., S. 1879

5) WuW/E BGH 1898 vom 3.11.1981

6) BGH a.a.O., S. 1899 .

7) vgl. S.

d. Die Behandlung wettbewerbsbeschränkender Vergleiche

Einer kurzen und gesonderten Betrachtung soll schließlich die Rechtsprechung zu Vergleichen mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt unterzogen werden. In Erinnerung gerufen sei nochmals das Urteil des BGH im Horndünger-Fall¹⁾, in dem eine Anwendbarkeit des Kartellverbots aufgrund des synallagmatischen Charakters des Vergleiches abgelehnt wurde.

Demgegenüber klingt das Urteil des OLG Hamburg vom 8. 4. 1976 völlig verschieden²⁾. "Gerade der Vergleichscharakter eines Vertrages ... spricht für den gemeinsamen Zweck"³⁾⁴⁾, wobei sich der Senat bei dieser Aussage auf ein Urteil des BGH beruft⁵⁾ in welchem ohne nähere Begründung die gemeinsame Zweckrichtung eines Vergleichs unterstellt wurde. Hier setzt sich die Beurteilungspraxis der neueren Rechtsprechung fort, bei der austauschende Vereinbarungen unter dem Anwendungsbereich des § 1 GWB fallen, soweit sie von (potentiellen) Wettbewerbern zur Regelung von Marktpositionen geschlossen werden. Insofern bestätigen die genannten Urteile die von der Judikatur eingeschlagene Interpretation des "gemeinsamen Zwecks".

Besonderes Interesse erweckt allerdings die Entscheidung des BGH⁶⁾ deshalb, weil die Parteien mit dem Vergleich erreichen wollten, die zwischen ihnen bestehenden, zahlreichen Rechtsstreitigkeiten beizulegen. Zu Bedenken war

1) vgl. WuW/E BGH 935 und S.49

2) WuW/E OLG 1724 Miniaturgolf

3) a.a.O., S. 1725 f

4) allerdings sicherte sich das Gericht weitergehend ab, in dem es die zu beurteilende Sortimentsabsprache als Vereinbarung über die Aufteilung eines Marktes einordnete, was kennzeichnend für eine gesellschaftsähnliche Stellung sei und den gemeinsamen Zweck begründe, a.a.O., S. 1726

5) WuW/E BGH 1385 Heilquelle vom 22. 5. 1975

6) vgl. dazu auch Jauernig ZHR 141 (1977) 224 ff;
K. Schmidt, Kartellverbot S. 47ff, 87

insofern, daß man den Beteiligten mit der Sanktionierung dieser Abrede eine friedliche Bereinigung unmöglich machen und sie zur Durchführung eines Rechtsstreits zwingen würde. Unter diesem Blickwinkel führte der Kartellsenat aus, daß die durch das Kartellverbot geschützten Interessen einer Regelung des Streitgegenstandes durch Vergleich nicht entgegenstehen.

Allerdings ist ein solcher Ausnahmebereich des § 1 GWB nach Auffassung des Senats nur unter zwei Voraussetzungen zuzulassen. So muß zum einen ein objektiv begründeter Anlaß zur Bejahung des geltend gemachten Anspruchs bestehen und zum anderen müssen sich die wettbewerbsbeschränkenden Abreden innerhalb der Grenzen dessen halten, was auch bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann¹⁾²⁾.

Für die vorliegende Untersuchung interessanter ist indessen die Feststellung, in welchem Zusammenhang die obige Abgrenzung durchgeführt wurde. Hier vollzog der BGH eine völlige Trennung dieser Frage von dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks. Wie schon erwähnt, bejahte der Kartellsenat eine gemeinsame Zweckrichtung ohne nähere Begründung, obwohl sich die Vereinbarung der Parteien sicherlich als "do ut des" Verhältnis zeigte. Auch prüfte das Gericht nicht, ob die Wettbewerbsbeschränkung einer über den Austausch liegenden Interessenharmonie entsprach, sondern nahm zwei Urteile,

1) a.a.O., S. 1387

2) Umstritten ist die Beziehung zwischen den genannten Voraussetzungen. So will Jauernig (a.a.O., S. 225, 227 f) § 1 GWB als Kompetenzregel verstehen und die Regelungsbefugnis der Parteien im vorliegenden Fall unter Zurückstellung der Interessen der Allgemeinheit auch auf kompetenzüberschreitende, wettbewerbsrelevante Verträge erstrecken. K. Schmidt (a.a.O., S.87) setzt demgegenüber an der wettbewerbsbeschränkenden Abrede an und befindet sich damit m.E. im Einklang mit der Tendenz in der Rechtsprechung marktbezogene Absprachen grundsätzlich der Disposition der Beteiligten zu entziehen. Letztlich stellen allerdings beide darauf ab, ob der Vergleich bei objektiver Beurteilung der Beilegung von Streitigkeiten in zweifelhaften Fällen dient.

die unter Geltung des Dekartellierungsrechts ergingen¹⁾, zu Hilfe, um unter Anwendung der im damaligen Recht geltenden "rule of reason" den jetzigen Vergleich zu beurteilen. Dabei übernahm der Senat vor allem den Gedanken der Vermeidung von wirtschaftlich unvernünftigen Ergebnissen auf und transponierte ihn auf das heute geltende Kartellverbot, betonte aber ausdrücklich, daß es "keiner Entscheidung (bedarf), ob diese Grundsätze uneingeschränkt auch auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übertragen werden können"²⁾. Diese Zurückhaltung muß enttäuschen, die Entscheidung deutet aber an, daß der BGH einer Hinzuziehung der "rule of reason", gleichgültig in welcher Ausgestaltung, nicht völlig abgeneigt gegenüber steht.

1) WuW/E BGH 5 Tauchpumpe vom 5.10.1951; WuW/E BGH 94 Rote Herzwandvase vom 15.2.1955; Vorinstanz WuW/E OLG (Düsseldorf) 53, 309

2) a.a.O., S. 1387

3. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal der gemeinsamen Zweckrichtung ist seit Erlass des GWB einer starken Entwicklung unterzogen. Zunächst orientierte sich die Judikatur an bürgerlichrechtlichen Vorschriften und forderte einen Gesellschaftsvertrag i.S.d. § 705 BGB. Die in Frage stehenden Verträge wurden im Hinblick auf ihre zivilrechtliche Einordnung untersucht, wobei die Ausgestaltung der eigentlich wettbewerbsbeschränkenden Abrede genauso wenig beachtet wurde, wie wirtschaftlich mit der Absprache verbundene Verträge, die erst im Zusammenhang eine marktregelnde Wirkung entfalteten. Dem mehrfach geäußerten Ansatz einer "gesellschaftsähnlichen" Vertragsstruktur kam keine eigenständige Bedeutung zu. So entwickelte sich eine Spruchpraxis, die unabhängig von den Vertragsinhalten den Anwendungsbereich des § 1 GWB von der Unterscheidung zwischen Gesellschafts- und Austauschvertrag abhängig machte. Wettbewerbspolitisch unbefriedigende Ergebnisse waren damit vorgegeben, die nur bei der klassischen Kartellvereinbarung der Submissionsabsprachen zu Zugeständnissen der Gerichte führte. Ansonsten waren wettbewerbsbeschränkende Verträge mit der Einstufung als Austauschvereinbarung dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entzogen.

Mit der Hinwendung zu einer Sachverhaltserfassung, die die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Konsequenzen der in Frage stehenden Verträge in den Vordergrund stellte, setzte seit 1970 eine neue Interpretation des gemeinsamen Zwecks ein. Die Judikatur ließ eine gemeinsame bzw. gleichgerichtete Interessenlage genügen und erweiterte damit die Anwendung des Kartellverbots auch auf synallagmatische Verträge. Allerdings war mit dem Anknüpfungspunkt einer Interessensharmonie der Parteien die Möglichkeit eröffnet, letztlich jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung als Kartellvertrag zu qualifizieren. Die Rechtsprechung begrenzte den Sanktionsbereich des § 1 GWB deshalb auf Absprachen, die in Abgrenzung

zu den §§ 15 ff GWB zwischen (potentiellen) Wettbewerbern geschlossen wurden und die der Regelung einer Marktposition durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dienten. Dabei legte vor allem der BGH auf die Verknüpfung des Wettbewerbsverbots mit der dafür erhaltenen Gegenleistung kein Gewicht, so daß Art und Weise des Entgelts für die Beurteilung nach § 1 GWB außer Betracht blieben.

War eine wettbewerbsbezogene Einschränkung zur Erfüllung einer anderen Abrede vereinbart worden, so prüften die Gerichte das Vorliegen des gemeinsamen Zwecks anhand objektiver Kriterien. Maßstab zur Beurteilung der Konkurrenzklausel wurde die Feststellung, ob die wettbewerbsliche Einschränkung zur Erreichung des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks sachlich erforderlich bzw. dienlich war. So schuf sich die Judikatur die Möglichkeit, jeden Vertrag mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt im Hinblick auf eine, am Gesetzeszweck orientierten Betrachtungsweise zu überprüfen, wobei allerdings der Ansatz einer gemeinsamen Interessenrichtung weit überspannt wurde.

Die Ausdehnung des Kartellverbots fand allerdings bei der Beurteilung von Unternehmensveräußerungen durch die Rechtsprechung zunächst seine Grenzen. Offensichtlich unter dem Gesichtspunkt, daß diese Vereinbarungen im Gegensatz zu anderen Vertragsinhalten grundsätzlich zu billigen sind und wegen des Übergangs immaterieller Vermögenswerte eine weitgehende wettbewerbsliche Beschränkung des Veräußerers erfordern, entzogen die Gerichte Betriebsveräußerungen größtenteils einer Überprüfung durch § 1 GWB. Erst durch eine neuere Entscheidung des BGH wurde diese Rechtsprechung aufgegeben, indem auch Wettbewerbsklauseln bei Unternehmensverkäufen auf ihre sachliche Notwendigkeit untersucht wurden. Der Kartellsenat erzielte somit eine Angleichung an die sonst vollzogene Spruchpraxis und hob die bis dahin bestehenden Widersprüche auf.

IV. Der Zusammenhang zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung

Unter das Kartellverbot fallen nur diejenigen Verträge und Beschlüsse, die geeignet sind, durch eine Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Befaßten sich die bisherigen Ausführungen mit den persönlichen und sachlichen Voraussetzungen des § 1 GWB, so ist es nun Aufgabe dieser Arbeit, die Stellung der Rechtsprechung zu diesen zentralen und den materiellen Kern des Kartellverbots bildenden Tatbestandsmerkmalen näher zu bestimmen.

Vor allem in der Literatur äußerst umstritten ist allerdings schon die Frage, in welchem Verhältnis die Tatbestandsmerkmale "Vertrag", "Beschränkung des Wettbewerbs" und "Eignung zur Marktbeeinflussung" stehen. Diese Diskussion, die hauptsächlich in den Auseinandersetzungen über die Gegenstands- Zweck- und Folgetheorie ihren Niederschlag findet, wirkt sich auch auf die Konkretisierung des Wettbewerbsbegriffes aus und berührt damit letztlich die Frage nach der Wettbewerbskonzeption des GWB. Aus diesem Grund ist es angezeigt, die verschiedenen Gesichtspunkte und Argumentationsweisen aufzuführen, um darauf aufbauend der Auffassung der Judikatur zu diesem Problemkreis näher zu kommen.

Zunächst soll deshalb dargestellt werden, ob das Kartellverbot nur solche wettbewerbsrelevanten Umstände erfaßt, die Inhalt des Vertrages geworden sind, oder ob es genügt, daß sie sich als Vertragsfolge darstellen.

1. Die Gegenstandstheorie

Die in der Literatur lange Zeit herrschende Gegenstandstheorie¹⁾

- 1) vgl. dazu Frankf. Komm. § 1 Rdnr. 26; Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 69; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 34 ff; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 52 f jeweils mit vielen Nachweisen; außerdem Benich DB 57, 790; Beuthien in Festschrift f. Hartmann S. 51 ff; Halbey Jura 70, 34; Hoffmann BB 75, 628 ff; Merle S. 55 ff; Sandrock Grundbegriffe, S. 236 ff; Wolter S. 19 ff; sehr ausführlich zuletzt Kappuhne, S. 18f, 80ff

geht davon aus, daß § 1 GWB nur auf solche Verträge anzuwenden ist, welche die Kartellmitglieder zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten verpflichten. Folglich werden Wettbewerbsbeschränkungen, die keine Beschränkung des Wettbewerbsverhaltens zum Gegenstand haben, sondern bei denen sich die Beeinflussung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nur als Folge des fraglichen Vertrages ergeben, nicht von dem Kartellverbot erfaßt.

Dabei wird die Gefährlichkeit der Kartelle hauptsächlich darin gesehen, daß die Wettbewerbsfreiheit des Einzelnen wegen der rechtsgeschäftlichen Bindungswirkung eingeschränkt wird¹⁾, während Umstände außerhalb des Vertrages keine Berücksichtigung finden sollen²⁾.

Begründet wird diese Theorie hauptsächlich mit dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang des Kartellverbots mit anderen Vorschriften des GWB sowie der Entstehungsgeschichte des Gesetzes:

Aus der Gegenüberstellung der Tatbestandsmerkmale "Wettbewerbsbeschränkung" und "Marktbeeinflussung" wird gefolgert, daß sich das erste Merkmal nur auf das Verhalten der Vertragsparteien untereinander bezieht, während mit der Frage nach der "Eignung zur Marktbeeinflussung" erst die Außenwirkungen der Vereinbarung erfaßt wird³⁾⁴⁾.

Für diese Auslegung spreche auch der Wortlaut des § 1 GWB, aus dem hervorgehe, daß sich die "Eignung" nicht auf die Wettbewerbsbeschränkung sondern auf die Marktbeeinflussung beziehe sodaß der Gesetzgeber Verträge mit dem Inhalt einer Wettbewerbsbeschränkung und der Wirkung einer Eignung zur Marktbeeinflussung sanktionieren wollte⁵⁾.

1) Hoffmann BB 75, 629

2) Benisch DB 72, 1709, 1712

3) Kappuhne, S.19; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 53

4) vgl. auch Vogel S. 119 f mit dem Argument, daß das Merkmal der Marktbeeinflussung überflüssig werde, wenn im Begriff der Wettbewerbsbeschränkung bereits die Marktfolgen erfaßt würden.

5) Jäger S. 30; Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 69 m.w.N.

Des weiteren wird die Systematik des Gesetzes und hier vor allem die Vorschriften der §§ 5 III und 25 I GWB herangezogen, um die Gegenstandstheorie zu untermauern:

So verbiete die Vorschrift des § 5 III GWB nicht die Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen trotz ihrer möglichen wettbewerbsbeschränkenden Folgen, sondern fordere ausdrücklich eine Vereinbarung i.S.d. § 5 II GWB und damit einen Kartellvertrag¹⁾.

Außerdem spreche die Bezeichnung der Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen als "Syndikate" für die Gegenstandstheorie. Üblicherweise werden unter diesem Begriff nur solche Einrichtungen verstanden, die eine Verpflichtung zu ausschließlichem Vertrieb beinhalten, woraus geschlossen wird, daß der Gesetzgeber für Einrichtungen ohne Benutzungszwang eine gesonderte Erlaubnis für unnötig empfunden hat²⁾.

Leztlich wird angeführt, die GWB-Novelle aus dem Jahre 1973 habe die Gegenstandstheorie erhärtet, da diese Vorschrift nur das Verhalten, welches Inhalt einer Abstimmung ist verbietet, soweit es nach dem Gesetz (§§ 1 und 15 GWB) nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfe³⁾.

Auch die Entstehungsgeschichte des GWB⁴⁾ und die Gesetzesmaterialien zu § 1 GWB werden von den Verfechtern der Gegenstandstheorie für den Nachweis ihrer Auffassung herangezogen. Ohne den damit angesprochenen Problemkreis näher zu vertiefen⁵⁾ sei hier auf die Stellungnahme des wirtschaftspolitischen

1) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 69 sowie ausführlich Jäger, S. 31 ff.

2) Jäger, S. 32

3) Benisch WuW 74, 69 ff, 71; dagegen Kappuhne S. 83 f

4) vgl. dazu Pickel DB 68, 295 ff; Rittner § 18 B I 2

5) vgl. zur Auslegung von Gesetzen nach deren Entstehungsgeschichte und speziell zu § 1 GWB ausführlich Kappuhne S. 85 ff

Ausschusses¹⁾ verwiesen, der eine klare Aussage für die Gegenstandstheorie enthält. Denn im Zusammenhang mit der Behandlung von Einkaufsgenossenschaften stellte der o.g. Bericht für das Vorliegen einer Kartellabsprache i.S.d. § 1 GWB darauf ab, ob die Satzung bzw. das Statut eine Verpflichtung zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten enthält oder nicht.

2. Verschiedene Spielarten der Gegenstandstheorie

Im einzelnen gibt es allerdings mehrere Varianten der Gegenstandstheorie, die sich hauptsächlich in der Art der Bindung unterscheiden, mit der der Vertragsinhalt durchgesetzt werden soll.

a. Die extreme Gegenstandstheorie

Nach dieser Auffassung²⁾ fallen unter § 1 GWB nur diejenigen Vereinbarungen, die von beidseitigem Rechtsfolgewillen getragen werden und die die Festlegung bestimmter, unmittelbar wirksamer Aktionsparameter beinhalten.

Die Folgen dieser engen Auslegung wären aber unannehmbar, da der Versuch naheliegen würde, § 1 GWB durch entsprechende Formulierungen zu umgehen. Außerdem würden diejenigen, die die Nichtigkeitsfolge des Kartellverbots kennen, ohne Rechtsfolgewillen handeln, sodaß letztlich nur der naive bzw. rechtsunkundige Unternehmer von § 1 GWB erfaßt würde³⁾. Deshalb kann diese strenge Form heute als überholt gelten⁴⁾.

b. Die gemäßigten Gegenstandstheorien

Vielfach wird zwar an der Forderung nach einer Willensüber-

1) BT Drucks. II/3644, abgedruckt im GK, 1. Aufl. 1958, S. 1156, 1175

2) vgl. Frankf. Komm. § 1 Rdnr. 26; Merle S. 55 f

3) Moeschel NJW 75, 94 ff, 95

4) Baur ZHR 142 (1978) 147 ff, 153; Müller/Henneberg im GK, 3. Aufl. (1972) § 1 Rdnr. 27; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 54

einstimmung über die Koordinierung von unmittelbar wirksamen Verhaltensmaßnahmen festgehalten, an Stelle der rechtlichen Vertragspflicht wird aber eine tatsächliche Bindung für ausreichend angesehen¹⁾. So sollen unter das Kartellverbot z.B. auch diejenigen Verträge fallen, die den Einsatz eines Wettbewerbsmittels mit wirtschaftlichen Nachteilen verbinden²⁾ bzw. von einer Bedingung abhängig machen³⁾.

c. Die funktionelle Gegenstandstheorie

Diese von Beuthien⁴⁾ entwickelte Meinung hält zwar auch an der Notwendigkeit einer rechtsgeschäftlichen Einigung fest, möchte aber ähnlich der gemäßigten Gegenstandstheorie die Bindungswirkung verringern, indem schon eine Absicherung des betreffenden Marktverhaltens durch eine Obliegenheit, eine im Vergleich zu den Rechtspflichten geringere Verhaltensanforderung⁵⁾, zur Erfüllung des § 1 GWB genügen soll. Zwar gewährt die Rechtsordnung keinen Erfüllungszwang bzw. Schadensersatz im Falle der Nichterfüllung, bei Verletzung der wettbewerbsbezogenen Obliegenheit treten nach dieser Auffassung aber Rechtsnachteile ein, welche einen funktionalen Rechtszwang ausüben.

3. Kritik an der Gegenstandstheorie

Hauptansatzpunkt der Kritik bildet die Überlegung, daß die Gegenstandstheorie mit zivilrechtlichen Kriterien arbeite, die der wettbewerbspolitischen Zielsetzung des GWB nicht gerecht werde und deshalb den Anwendungsbereich des Kartellverbots zu stark einschränke⁶⁾. Mit der Fixierung auf die vertragliche Beschränkung der Handlungsfreiheit würde die

1) Moeschel NJW 75, 94 ff, 95 f 2) vgl. Kappuhne S.23 m.w.N.

3) so vor allem Markert DB 63, 1455ff, ders. ZHR 134 (1970), 55 ff; Pickel BB 63, 701 für die Beurteilung von Preismeldestellen; vgl. zur Problematik von Marktformationsverfahren S.

4) in Festschrift für Hartmann S. 51 ff, 57

5) vgl. Larenz AT § 12 II d

6) vgl. Emmerich BB 75, 766f; Rittner, WirtschaftsR §18 BI2; Sandrock Grundbegriffe S. 242; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 57 m.w.N.

Berücksichtigung der Folgen des Vertrages auf Dritte versperrt werden¹⁾ obwohl gerade eine Orientierung an diesen Marktfolgen erforderlich sei²⁾.

Schließlich ermögliche die Gegenstandstheorie den Aufbau von Kartellsurrogaten, denn je nach wirtschaftlicher Lage bestehe z.B. bei einer gemeinsamen Verkaufsstelle kein wirtschaftlicher Unterschied zwischen einem Syndikat mit bzw. ohne vertraglich fixierter Andienungspflicht³⁾. Wenn die Gegenstandstheorie trotz der gleichen Marktwirkungen die oben genannten Fälle unterschiedlich werte, so sei damit Tür und Tor für die Umgehung des § 1 GWB geöffnet⁴⁾, was letztlich aufzeige, daß diese Theorie den wettbewerbspolitischen Anforderungen des GWB nicht genüge.

4. Die Folgetheorie

Nach dieser Auffassung⁵⁾ muß eine Kartellvereinbarung nur die Eignung aufweisen, die Marktverhältnisse in Bezug auf den Wettbewerb zu beeinflussen. § 1 GWB ist demgemäß schon dann anwendbar, wenn ein Vertrag, auch in Verbindung mit Umständen, die außerhalb der Vereinbarung liegen, eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat, wobei dem Inhalt der Absprache grundsätzlich kein Gewicht zukommt.

1) Emmerich, Wettbewerbsrecht § 6,4 a bb (1); sehr ausführlich: Hoppmann DB 70,93,94 f.

2) Vogel S. 101

3) vgl. Baur ZHR 134 (1970) 97, 120 ff m.w.N.;

4) Sandrock, Grundbegriffe S. 242

5) vgl. dazu Baur ZHR 134 (1970) 97 ff. 118 ff; Benkendorff WRP 62, 313, 318 ff; Emmerich, Wettbewerbsrecht § 6, 4 a bb (3); BB 75, 766 f; Moeschel NJW 75, 94 ff; Rittner, Kooperation S. 6 ff, 16; K. Schmidt ZHR 142 (1978), 147ff; Vogel S. 83ff weitere Nachweise siehe S. 90 Anm. 1

Der Ansatz zu dieser Auffassung ergibt sich aus einem völlig anderen Verständnis über den Wettbewerbsbegriff bzw. den Anforderungen an eine Beschränkung des Wettbewerbs in § 1 GWB.

Versteht man unter "Wettbewerb" den zeitlichen Ablauf von Handlungen, die sich gegen und wechselseitig beeinflussen, so ist eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben, wenn einer der am Marktprozeß Beteiligten oder auch potentielle Teilnehmer in ihrer Freiheit, Aktionen, Reaktionen oder Gegenaktionen zu tätigen, beschränkt werden¹⁾. Demgemäß sei es falsch, wenn die Gegenstandstheorie sich nur auf den Wettbewerb inter partes fixiere, vielmehr müsse die Beschränkung von Marktbeteiligten in Bezug auf den gesamten Marktprozeß beurteilt werden²⁾.

Auch die Folgetheorie sieht sich durch den Wortlaut, den Sinnzusammenhang mit anderen Normen des GWB sowie der Entstehungsgeschichte des Gesetztes bestätigt:

So wird argumentiert³⁾, daß sich aus dem Erfordernis der "Eignung" in § 1 GWB nur ergebe, daß eine kausale Beziehung zwischen Vertrag und Wettbewerb bestehen muß, so daß die fragliche Vereinbarung schon dann ursächlich für die erfolgte Wettbewerbsbeschränkung sei, wenn sie im Zusammenhang mit anderen Umständen die entsprechenden Marktwirkungen entfalte. Der Vertrag brauche demnach nicht der einzige Grund für eine Marktbeeinflussung zu sein, es genüge, daß die Abrede ursächlich für eine dahingehende Einigung sei⁴⁾.

Für die systematische Verankerung der Folgetheorie im GWB wird auf die Vorschriften der §§ 15, 16 GWB verwiesen.

Ansatzpunkt ist die Bestimmung des § 16 GWB, die nur solche Preisbindungsverträge erfaßt, die die dort bestimmten Abnehmer "rechtlich oder wirtschaftlich" binden. Daraus könne man

1) vgl. z.B. Hoppmann DB 70, 93 f; Moeschel NJW 75, 94 ff, 96

2) Hoppmann DB 70, 95 f

3) vgl. Benkendorff WRP 62, 313 ff, 319; Vogel S. 101 ff

4) Benkendorff a.a.O., S. 319

schließen, daß § 16 GWB sowie die dazu gehörende Grundnorm des § 15 GWB, die sich von § 1 GWB nur durch das Tatbestandsmerkmal des "gemeinsamen Zwecks" unterscheidet, eine rechtliche Bindung bezüglich des marktbeeinflussenden Verhaltens nicht für erforderlich halten¹⁾; insoweit dürfe für das Kartellverbot nichts anderes gelten.

Schließlich soll angemerkt werden, daß ebenfalls Gesetzesmaterialien die Annahme rechtfertigen können, daß sich der Gesetzgeber für die Anwendung der Folgetheorie entschieden hat²⁾. Hier ist es die Regierungsbegründung³⁾ die, in sich teilweise widersprüchlich, eine Deutung im Sinne der Folgetheorie zuläßt⁴⁾.

5. Verschiedene Spielarten der Folgetheorie

Auch bei der Folgetheorie haben sich hauptsächlich zwei Varianten gebildet, die sich unterschiedlich zu der Frage der Vorhersehbarkeit von wettbewerbsbeschränkenden Folgen des Vertrages stellen.

a. Die uneingeschränkte Folgetheorie

Nach dieser Variante⁵⁾ soll jede wettbewerbsbeschränkende Folge eines Vertragswerkes von § 1 GWB erfaßt werden. Dadurch würde sich ein extrem weiter Anwendungsbereich des Kartellverbots ergeben, da letzten Endes alle Formen unternehmerischer Zusammenarbeit gefährdet wären, auch dann, wenn eine Bindung der Vertragsparteien bezüglich ihrer wettbewerbslichen Betätigung nicht erfolgt und Marktfolgen des Vertrages nicht absehbar waren⁶⁾.

1) Sandrock, Grundbegriffe S. 242 f; Vogel S. 10 4f

2) vgl. K. Schmidt ZHR 142 (1978), 147 ff, 149

3) BT-Drucks. II, 1158, abgedruckt im GK, 1. Aufl. 1958, S. 1075 ff

4) vgl. ausführlich Kappuhne S. 89 ff, Wolter S. 20 f, jeweils m.w.N.

5) vgl. Moeschel NJW 75, 94 ff; Westrick/Loewenheim §1 Rdnr. 56

6) Fikentscher, Festschrift Westermann S. 103; Rittner, Kooperation S. 16

b. Die eingeschränkte Folgetheorie

Um diese unerwünschten Ergebnisse zu vermeiden, vertreten viele Autoren¹⁾ eine vermittelnde Ansicht, um den Anwendungsbereich des § 1 GWB auf ein sinnvolles Maß zu reduzieren und nur die adäquat kausalen Folgen einer Vereinbarung zu erfassen.

So wird teilweise verlangt²⁾, daß die Marktauswirkung vom Standpunkt eines objektiven Beobachters bzw. eines verantwortlich handelnden Unternehmers erkennbar war³⁾, während Baur⁴⁾ eine marktbezogene Betrachtung vollzieht und danach fragt, ob der Vertrag generell und typischerweise eine Eignung zu wettbewerbsbeschränkenden Marktfolgen aufweise.

6. Kritik an der Folgetheorie

Gegen die Folge- und für die Gegenstandstheorie wird vor allem der Gedanke der Rechtssicherheit angeführt, ein Gesichtspunkt, der bei einer Rechtsnorm mit Verbotssanktion von entscheidender Bedeutung ist und von der Folgetheorie nicht gewährleistet werde⁵⁾⁶⁾.

Dieser Aspekt gewinnt vor allem an Bedeutung, wenn man sich vor Augen führt, daß alle vertragsunabhängigen Einflüsse auf den Wettbewerb ständigem Wandel unterworfen sind. Bei Anwendung der Folgetheorie würde daraus folgen, daß der fragliche Vertrag dauernd zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit pendeln könnte, was insbesondere dann zu nicht vertretbaren Folgen führen würde, wenn sich eine ursprünglich wettbewerbsneutrale Vereinbarung durch Veränderung der Marktverhältnisse als nach-

1) Baur ZHR 134 (1970) 97 ff, 125 ff; Emmerich/Gansweid Jus 76, 432, 435; Rinck Wirtschaftsrecht Rdnr. 791; Steindorff BB 70, 824 ff, 928

2) Ballerstedt, Festschrift für Böhm S. 179 ff, 187 ff; Emmerich/Gansweid a.a.O., S. 435

3) vgl. auch Halbey Jura 70, 34

4) a.a.O., S. 135

5) Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 69; Westrick/Loewenheim, § 1 Rdnr. 57; Halbey a.a.O., S. 42 ff; Hoffmann BB 75, 628 ff, 632; Rittner, Kooperation S. 16

6) was auch die Vertreter der Folgetheorie als "ernst zu nehmenden Einwand" betrachten, vgl. Moeschel a.a.O., S. 96; Emmerich/Gansweid a.a.O., S. 435

träglich wettbewerbsbeschränkend herausstellen würde. Eine Auslegung, die sich ausschließlich an wirtschafts-politischer Zielvorstellung orientiere, dürfe deshalb die Wettbewerbsfreiheit nicht zu Ungunsten der Rechtssicherheit verwirklichen¹⁾, einziger Ansatzpunkt müsse deshalb die vertragliche Beschränkung der Handlungsfreiheit im Innenverhältnis bleiben²⁾.

7. Die Zwecktheorie

Ausgehend von den teilweise unbefriedigenden Ergebnissen der aufgeführten Theorien bildet sich eine modifizierte Form der Gegenstandstheorie aus, die allgemein als Zwecktheorie bezeichnet wird. Diese von Fikentscher³⁾ entwickelte Auffassung möchte § 1 GWB nicht nur dann angewandt wissen, wenn der fragliche Vertrag eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet, sondern das Kartellverbot um diejenigen Gestaltungsformen erweitern, in denen das marktbeschränkende Verhalten zwar nicht Vertragsinhalt geworden ist "wohl aber mittelbar nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einzuhalten wäre, wenn man die Wirksamkeit des Vertrages unterstellt"⁴⁾. Wesentlicher Inhalt der Zwecktheorie soll demgemäß die Erstreckung des § 1 GWB auch auf diejenigen Fälle sein, in denen die Wettbewerbsbeschränkung nicht vertraglich vereinbart sondern sich als gemeinsamer Zweck der Parteien im Sinne gemeinschaftlich übereinstimmender Motive oder einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage darstellt⁵⁾.

Ausgangspunkt dieser Meinung ist die Einbeziehung und Berücksichtigung der Vorstellungen der Beteiligten von den Auswirkungen ihrer Vereinbarung bei der Anwendung des § 1 GWB,

1) Hoffmann a.a.O., S. 632

2) Halbey a.a.O., S. 46

3) WuW 60, 680 ff; Fikentscher, Die Interessengemeinschaft S. 42 ff; Festschrift Westermann S. 87 ff, 103; vgl. auch Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 69; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 55 jeweils m.w.N.

4) Fikentscher, Festschrift Westermann S. 103

5) Fikentscher WuW 60, 680 f

welche mit der Suche nach den Motiven bzw. der Geschäftsgrundlage des Vertrages hinterfragt werden sollen. Nur so könne man die Surrogationsformen klassischer Kartellverträge wie Marktinformationsverfahren oder Torso-Syndikate von § 1 GWB erfassen und kontrollieren.

8. Kritik an der Zwecktheorie

Allerdings blieb auch die Zwecktheorie nicht von Kritik verschont.

So wird argumentiert, diese Theorie sei vom Ergebnis auf die Erweiterung der Gegenstandstheorie hin konzipiert, ohne daß der Wortlaut des § 1 GWB einen Ansatzpunkt für die Orientierung an der Absicht der Beteiligten aufzeige¹⁾.

Überzeugend ist schließlich auch der Einwand, daß der Zwecktheorie im Vergleich zur Gegenstandstheorie keine eigenständige Bedeutung zukomme. Denn in den meisten Fällen wird der ungeschriebene Zweck auch Inhalt des Vertrages, sodaß sich die Zwecktheorie lediglich als eine Vertiefung der Gegenstandstheorie zur Frage des Vertragszwecks darstelle²⁾.

Außerdem befriedige auch nicht der Ansatz an eine gemeinsame Geschäftsgrundlage, da diese nur Umstände außerhalb des Vertrages erfasse, die eben nicht Inhalt der Vereinbarung geworden sind³⁾. Ein und derselbe Parteizweck könne rechtlich aber nicht zugleich innerhalb und außerhalb des Vertragswerkes existieren⁴⁾.

Letzten Endes wird angeführt, daß der Nachweis von subjektiven Tatbestandsmerkmalen gerade im Kartellrecht Schwierigkeiten hervorrufe, sodaß sich der von den Parteien verfolgte Zweck nicht als mögliches Abgrenzungskriterium eigne⁵⁾.

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 38; vgl. Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 57

2) Benich DB 69, 247 ff, 248, 251 f; ihm folgt Baur ZHR 134, 1970, 97 ff, 125 Fußn. 76; Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 316

3) Hoppmann BB 75, 628 ff, 633

4) so Beuthien, Festschrift Hartmann, S. 51 ff, 64

5) Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 57

9. Die Stellung der Rechtsprechung im Theorienstreit

Nach der summarischen Darstellung der verschiedenen Theorien soll nun der diese Arbeit mehr interessierenden Frage nachgegangen werden, wie sich die Judikatur zu dem angerissenen Problemkreis stellte.

Hierbei fällt sicherlich zunächst auf, daß die Gerichte sich lange Zeit überhaupt nicht mit dem in der Literatur entfachten Streit auseinandersetzten bzw. Stellung beziehen mußten¹⁾, was schon aufzeigt, daß die Bedeutung des obigen Theorienstreits weithin überschätzt wurde²⁾. Erst in den Jahren 1972 bis 1975 leitete die Rechtsprechung mit ihren Entscheidungen zu den Marktinformationsverfahren sowie zu den Torso-Syndikaten eine Entwicklung ein, die den Anwendungsbereich des § 1 GWB ausdehnte und nahm damit einen wettbewerbspolitischen Standort ein, der allerdings die verschiedenen Literaturmeinungen über die mit § 1 GWB zu verfolgende Wettbewerbskonzeption tangierte.

a. Die Rechtsprechung zu dem Marktinformationsverfahren

In den Entscheidungen des KG³⁾ sowie des BGH⁴⁾ zu den Marktinformationsverträgen wurde deutlich, daß die genannten Gerichte die Verpflichtung zum Informationsaustausch in bestimmten Preismeldesystemen als Verletzung des Kartellverbots ansahen. So führte der BGH in einem Leitsatz aus, "ein Vertrag über ein Preismeldeverfahren für abgeschlossene Geschäfte, das nur der einen Marktseite (Produzenten) zugänglich ist, ist in der Regel nach § 1 GWB unwirksam, wenn die Beteiligten damit vertraglich auf den wettbewerbswirksamen Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel verzichten"⁵⁾.

Es wurde schon mehrfach nachgewiesen, daß mit dieser Beurteilung eine direkte Stellungnahme der Rechtsprechung zu dem hier angesprochenen Problemkreis nicht erfolgt ist⁶⁾. Denn indem der

1) vgl. insb. WuW/E OLG (Stuttgart) 1083, 1087, Fahrschulverkauf vom 20. 2. 1970

2) vgl. dazu auch K. Schmidt ZHR 142 (1978), 147 ff, 149 f

3) WuW/E OLG 1253 Tubenhersteller II vom 24.3.1972; WuW/E OLG 1327 Aluminium-Halbzeug vom 3.11.1972

4) WuW/E BGH 1337 vom 29.1. 1975, Revision von Aluminium-Halbzeug

5) BGH a.a.O. S. 1337

6) vgl. nur Axster/Reimann GRUR 76, 1 ff, 3; Emmerich ZHR 139 (1975), 476 ff, 490 ff; Marx WuW 75, 620 ff, 621

Kartellsenat den Geheimwettbewerb in Übereinstimmung mit dem KG als eigenständigen Wettbewerbsparameter ansah, konnte der fraglichen Vereinbarung auch bei Anwendung der Gegenstandstheorie ein wettbewerbsbeschränkender Charakter im Sinne des § 1 GWB zuerkannt werden. So stellt sich die rechtliche Qualifizierung der Preismeldesysteme mehr als ein Problem dar, welches dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zuzuordnen ist¹⁾, weshalb auch in vorliegender Arbeit die Behandlung dieses Problemkreises dort erfolgen soll²⁾.

Festzustellen bleibt aber, daß die Judikatur bei den aufgezeigten Vertragssystemen auf eine darin ausgesprochene Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten zurückgreifen konnte, was von vielen³⁾ als Bestätigung bzw. Bekräftigung der Gegenstandstheorie gewertet wurde.

Ob das Rechtsverständnis vor allem des BGH in der Aluminium-Halbzeug-Entscheidung allerdings "ganz auf der Linie der Gegenstandstheorie"⁴⁾ lag, ist m.E. sehr zu bezweifeln. Um diesem Verständnis näher zu kommen, sollte man nämlich nicht nur der eng begrenzten Frage nachgehen, ob das Gericht eine vertragliche Bindung forderte oder nicht⁵⁾, sondern auch beachten, welche Anforderungen an den Inhalt dieser Verpflichtung gestellt wurden⁶⁾. Hier zeigte der BGH mit der Konstruktion des Geheimwettbewerbs eine äußerst weite Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung auf, wobei sich der Senat in seiner Auslegung dem Schutze des Marktprozesses annäherte und die Forderung der Vertreter der Gegenstandstheorie nach einer

- 1) vgl. auch v. Brunn BB 75, 1555 ff, 1558; Hefermehl, Kooperative Marktinformation S. 12 f; Knöpfle NJW 75, 986
- 2) vgl. ausführlich S.127 ff
- 3) Axster/Reimann a.a.O., S.; Hoffmann BB 75, 628 ff, 629; Marx a.a.O., S. 621
- 4) so Hoffmann a.a.O., S. 629
- 5) diese Frage ist sicherlich im Sinne der Gegenstandstheorie zu beantworten
- 6) auf diesen Zusammenhang weist schon Markert hin; vgl. ZHR 134 (1970) 55 ff, 56

Koordinierung unmittelbar marktwirksamer Verhaltensmaßnahmen sehr verwässerte¹⁾. So weicht der BGH die strengen Voraussetzungen der Gegenstandstheorie letztlich auf, indem er zwar an dem Erfordernis einer vertraglichen Fixierung der marktbezogenen Handlung festhält, andererseits die Anforderungen zur Qualifizierung dieses Verhaltens als wettbewerbsbeschränkend herabsetzt. Bei Beachtung dieses Zusammenhangs können durchaus Zweifel aufkommen, ob der BGH dem Rechtsverständnis der Gegenstandstheorie folgte, zumal weitere Auswirkungen des Marktinformationsverfahrens, die das Gericht in seinen Entscheidungsgründen aufführte, nur mit einer Marktfolgebetrachtung des Vertrages erfaßt werden können.

Für den Anwendungsbereich des § 1 GWB ist jedenfalls festzuhalten, daß die Rechtsprechung in den genannten Entscheidungen das Kartellverbot auch auf eine Surrogationsform erstreckte, deren Marktwirkungen denen eines klassischen Kartells entsprach, womit eine wesentliche Forderung der Anhänger einer wie auch immer gestalteten Folgetheorie erfüllt wurde.

b. Die Rechtsprechung zu den Torsosyndikaten

Mit der kartellrechtlichen Einstufung von Verkaufsgemeinschaften ohne Andienungspflicht hatten sich erstmals die Beschlüsse des KG²⁾ sowie des BGH³⁾ bei der Beurteilung der Zementverkaufsstelle Niedersachsen zu beschäftigen. Dabei formulierte das KG⁴⁾, § 1 GWB sei schon dann anwendbar, wenn der wettbewerbsbeschränkende Effekt "vom Standpunkt der durch Berücksichtigung des Vertragszwecks im Sinne eines subjektiven Zurechungsmerkmals eingeschränkten Folgetheorie" mit bezweckt bzw. mit zur gemeinsamen Geschäftsgrundlage des Vertrages gehört. Ansatzpunkt für diese Auffassung war für den Kartellsenat auch die Vermeidung des wettbewerbspolitisch

1) vgl. dazu S. 103 ff m.w.N.

2) WuW/E OLG 1487 vom 21. 6. 1974

3) WuW/E BGH 1367 vom 19.6.1975

4) a.a.O., S. 1494

unbefriedigenden und am Sinn des Kartellverbots vorbeigehenden Ergebnisses, den Aufbau von Kartellsurrogaten zuzulassen, die im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen führen wie klassische Kartellabsprachen¹⁾. Deshalb richtete sich § 1 GWB nicht nur gegen solche Verträge, die zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Verhalten rechtlich verpflichten wollen²⁾.

Mit dieser Entscheidung verabschiedete sich das KG gewiß von der Gegenstandstheorie³⁾, wobei die weiteren Formulierungen allerdings offen ließen, ob sich das Gericht mehr der Zweck- bzw. der Folgetheorie näherte⁴⁾.

Hier schaffte auch der BGH als Rechtsbeschwerdegericht keine weitere Klärung, indem er ausdrücklich dahinstellte, ob den allgemeinen Formulierungen des KG gefolgt werden kann⁵⁾.

Entsprechend wurde der Beschluß von Vertretern aller genannten Theorien als Stütze ihrer Auffassung herangezogen⁶⁾. Schon diese Uneinigkeit zeigt auf, daß der Kartellsenat offensichtlich mehrerer Ansätze in seinen Entscheidungsgründen aufführte, um den Zusammenhang zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung herzustellen. Der Beschluß soll deshalb einer nochmaligen Analyse unterzogen werden:

Zunächst bestätigte der BGH die von der Vorinstanz durchgeführte Betrachtung der Vertriebskooperation als ein "System von Horizontal- und Vertikalabsprachen"⁷⁾ und setzte damit die wirtschaftliche Folgebetrachtung des KG fort. Als Ergebnis bescheinigte das Gericht der Vertriebsstelle eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung, da sich aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Verträge und den darin vereinbarten Pflichten der Verkauf der Waren zu gleichen Preisen ergab.⁸⁾⁹⁾

1) a.a.O., S. 1494

2) a.a.O., S. 1494

3) so Möschel a.a.O., S. 94 ff.

4) umstritten, vgl. einerseits Beuthien a.a.O., S. 63; Hoffmann a.a.O., S. 629, andererseits Benisch Urteilsanmerkungen WuW/E BGH 1375; Emmerich BB 75, 766; Lutz BB 75, 1417 ff., 1419

5) BGH a.a.O., S. 1371

6) für die Gegenstandstheorie: Benisch a.a.O., S. 1374 ff.; Wolter, S. 39 f.; für die Folgetheorie Hintze MA 75, 400; für die Zwecktheorie Beuthien a.a.O., S. 63; Emmerich ZHR 139, (1975), 476 ff., m 492; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 37; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 55

7) a.a.O., S. 1369

8) a.a.O., S. 1371

9) diese Systembetrachtung als Bestätigung der Gegenstandstheorie

Den notwendigen Zusammenhang zwischen Vertrag und Marktwirkungen stellte der Kartellsenat mit der Feststellung her, daß das Kartellverbot solche Wettbewerbsbeschränkungen erfasse, "die rechtsgeschäftlichem Handeln zuzurechnen sind und nicht kraft Zustandes bestehen"¹⁾. Der BGH ging also von den Marktwirkungen aus und fragte, ob diese ihre Ursache in dem vorliegenden Vertrag hatten oder nicht. Dabei wählte das Gericht als Abgrenzung den Maßstab der Zurechenbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.

Die Zurechnung einer bestimmten Wirkung erfolgt sicherlich unabhängig von dem Inhalt der fraglichen Vereinbarung und unterliegt genauso wenig den mit der Abrede verfolgten Motiven der Parteien. Andererseits erfordert sie mehr als nur die Feststellung der bloßen Folgewirkungen des Vertrages im Sinne einer Kausalitätsfrage.

Man könnte vielmehr an einem objektivierten Fahrlässigkeitsmaßstab unter Anlehnung an die Zivilrechtslehre denken²⁾. Den Parteien wäre eine wettbewerbsbeschränkende Marktfolge demgemäß dann zuzurechnen, wenn sie die Folgen des Vertrages voraussehen und vermeiden konnten, wobei ein objektiver Sorgfaltsmaßstab unter Berücksichtigung der typischen Kenntnisse und Fähigkeiten der Berufsgruppe (hier des verantwortlich handelnden Geschäftsmannes) angelegt werden müßte .

Der BGH vertiefte diesen Ansatz allerdings nicht, sondern verknüpfte Marktwirkungen und Vertrag weiter, indem er die Motive der Betroffenen, welche zur Aufrechterhaltung der Vertriebsgesellschaft führten, heranzog.

Ganz im Sinne der Zwecktheorie führte der Kartellsenat aus, daß die Gleichheit der Preise jedenfalls auch mit der Verkaufsstelle bezweckt wurde, indem die Betroffenen "in Hinblick auf die mit Sicherheit zu erwartende rationale Handlungsweise eines jeden Gesellschafters mit einem hinreichenden Absatz über die gemeinsame Vertriebsgesellschaft rechneten"³⁾. Dem Gericht schien dieser Gesichtspunkt offensichtlich sehr bedeutend gewesen zu sein, da es die gegenteilige Meinung

aufzufassen, findet meines Erachtens keine Stütze. So ist insbesondere nicht feststellbar, daß die Vertriebsverträge diejenigen Rechtspflichten enthalten sollen, die der Gesellschaftsvertrag nicht aufweist; so aber Wolter, a.a.O., S.40

1) a.a.O., S. 1371 2) vgl. dazu Larenz SchuldR AT § 20 III

3) a.a.O., S. 1372

der Rechtsbeschwerde, die Vorinstanz habe die Anwendbarkeit des § 1 GWB nur von den faktischen Marktwirkungen der ZVN abhängig gemacht, ausdrücklich zurückwies¹⁾. Hierbei bot sich auch die Vorgeschichte der Vertriebsgesellschaft an, bei der der selbständige Verkauf durch die Beteiligten ohne Zwischenschaltung der Verkaufsstelle bis zum Jahre 1963 nicht vorgesehen war und die Satzung diesbezüglich nur geändert wurde, um die ZVN "kartellrechtlich zu neutralisieren"²⁾.

Augenscheinlich verfolgte der Senat mit der Hinzuziehung der subjektiven Komponente das Ziel, einen weiteren Gesichtspunkt aufzuzeigen, der die Beziehung des Vertrages zu den konstatierten Wettbewerbsbeschränkungen untermauert.

Dabei ist das Vorgehen des BGH gewissermaßen durch eine Stufenfolge gekennzeichnet. Nach einer mit objektiven Kriterien arbeitenden Marktzurechnung nutzt das Gericht zur Beurteilung des Vertragswerkes jetzt in einer zweiten Stufe die Motive der beteiligten Unternehmen.

Indessen bleibt das Gericht nicht bei der Motivsuche und -auswertung der Parteien stehen. So finden sich in dem Beschluß des Senats Ausführungen, die eine weitere Verknüpfung zwischen der Vertriebsvereinbarung und deren Wirkungen herstellt. In den Erörterungen zum Vertragsbegriff wurde schon aufgezeigt³⁾, daß der BGH die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der ZVN nicht nur als Wunschvorstellung der Gesellschafter ansah, sondern davon ausging, daß die Betroffenen sich über die Folgen ihrer Abrede einig waren⁴⁾. Durchgesetzt wurde diese Vereinbarung nach Überzeugung des Senats zwar nicht durch eine vertragliche Verpflichtung sondern durch die gemeinsame Erwartung auf ein kaufmännisch vernünftiges Verhalten jedes Vertragsbeteiligten.

Mit diesen Feststellungen bindet der BGH die Marktwirkungen der Verkaufsstelle in die Abrede der Parteien ein und führt

1) a.a.O., S. 1372

2) so der BGH a.a.O., S. 1369

3) vgl. S. 28

4) BGH a.a.O., S. 1372

damit auf dritter Stufe eine vertragsbezogene Betrachtung durch. Dabei können die Aussagen des Senats mit der Hervorhebung der Einigung der Beteiligten über die angestrebten Folgen durchaus mit einer gemäßigten Gegenstandstheorie in Einklang gebracht werden, wobei die erwünschte Verhaltenskoordination durch die ökonomischen Sachzwänge durchgesetzt wurde¹⁾.

Unterzieht man die Argumentation des BGH einer abschließenden Betrachtung, so ist festzustellen, daß das Gericht neben der deutlichen Ablehnung einer eng gefaßten Gegenstandstheorie²⁾ keine streitentscheidende Position in der Frage nach der Gültigkeit der Gegenstands-Folge bzw. Zwecktheorie eingenommen hat. Soweit man dem Beschluß entnehmen kann,³⁾ scheint der BGH die verschiedenen Ansätze der dargelegten Theorien aufzugreifen, ohne die Notwendigkeit zu erblicken, direkt zu den unterschiedlichen, wettbewerbspolitischen Konzepten dieser Auffassungen Stellung zu nehmen. So sind in einer Stufenfolge objektive und subjektive Gesichtspunkte aufgeführt, letztlich deuten Formulierungen sogar darauf hin, daß die Wettbewerbsbeschränkungen Inhalt rechtsgeschäftlichen Handelns waren. Auf diese Art verknüpft der Senat Marktfolgen und Vertragssystem der ZVN mehrfach, wobei er sämtliche relevanten Umstände, insbesondere wirtschaftliche Erwägungen und die Vorgeschichte der Vertriebsstelle, berücksichtigt.

Der BGH erreicht dadurch, neben den Marktinformationssystemen auch die Torsosyndikate als zweite Kartellsurrogationsform dem Anwendungsbereich des § 1 GWB zu unterwerfen.

Daß dieses Ergebnis ohne Stellungnahme zu der einen oder anderen Theorie erreicht wurde, zeigt einerseits die Übergewichtung dieses Theorienstreits auf und eröffnet der

- 1) vgl. dazu die Stellungnahme von Benisch a.a.O., S. 1374 f; ihm folgend Axster/Reimann a.a.O., S. 4
- 2) "Die Einigung...braucht nicht aus Rechtsgründen notwendig...Gegenstand einer vertraglichen Bindung zu sein" BGH a.a.O., S. 1372
- 3) Emmerich (ZHR 139, 476 ff, 490) warnt sicherlich zu Recht vor einer Überinterpretation

Judikatur andererseits künftig die Möglichkeit, sehr flexibel auf weitere Formen unternehmerischer Verhaltenskoordination zu reagieren.

Zu betonen bleibt aber, daß mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der zu beurteilenden Verträge und Vertragssysteme einer rein am Inhalt der streitigen Vereinbarung ausgerichteten Analyse der Boden entzogen wurde. Wenn der BGH zunächst die Marktwirkungen herausstellt um dann mit unterschiedlichen Ansätzen eine Verknüpfung zu dem in Frage stehenden Vertragssystem herzustellen, liegt m.E. vielmehr die Vermutung nahe, daß sich der Senat grundsätzlich einer Vertragsfolgebetrachtung ausschließt; zur Verfestigung des Zusammenhangs zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung aber weitere Umstände hinzuzieht¹⁾. Dabei wurde erneut bestätigt, daß sich die Wettbewerbsbeschränkung bei verständiger Würdigung aller Begleitumstände meist als Zweck bzw. ungeschriebener Gegenstand der streitigen Vereinbarung nachweisen läßt.

Die Argumentationsführung des BGH setzte das KG in seinem Beschluß vom 24. 10. 1979²⁾ fort, soweit sich dieser mit einem Verstoß gegen § 1 GWB auseinandersetzte. Der im wesentlichen mit der ZVN-Entscheidung identische Sachverhalt, auch hier war ein Torsosyndikat zu beurteilen, wurde zunächst bezüglich seiner wirtschaftlichen Auswirkungen analysiert, wobei das Gericht sämtliche Verträge als einheitlichen wirtschaftlichen Komplex betrachtete und diesen die "Gefahr einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung"³⁾ zusprach. Bei der Frage des Zusammenhangs zwischen den konstatierten Wirkungen und dem zu beurteilenden Vertragssystem deutete auch das KG verschiedene Anknüpfungspunkte an. Zunächst stellte der Senat fest, daß die Marktbeeinträchtigung auf den Gesellschaftsverträgen "beruhe", also Folge der Vereinbarungen sei, um sodann zu behaupten,

1) im vorliegenden Fall drängte sich der Zweck der ZVN als Ersatzorganisation für ein verbotenes Syndikat geradezu auf.

2) WuW/E OLG 2259 Siegerländer Transportbeton

3) a.a.O., S. 2263

diese Beschränkung sei "auch mit der Sinn und Zweck" der Abreden gewesen¹⁾. Schließlich führte das KG aus, die Angleichung des Wettbewerbsverhaltens sei ein wesentliches Anliegen der Gesellschaftsverträge gewesen was in Verbindung mit der Feststellung, der Geheimwettbewerb sei durch die Agentur ausgeschlossen, darauf hindeutet, daß das Gericht auch von einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien über die angestrebten wettbewerblichen Maßnahmen ausging. Allerdings beließ es das KG bei diesen Andeutungen, sodaß der Beschluß keine neuen Erkenntnisse vermittelte, sondern sich an die Subsumtion des BGH in der ZVN-Entscheidung anlehnte.

1) a.a.O., S. 2263

V. Die Beschränkung des Wettbewerbs

Schon die Darstellung der verschiedenen Auffassungen über den Zusammenhang von Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung haben erkennen lassen, daß auch das Tatbestandsmerkmal der "Wettbewerbsbeschränkung" sehr umstritten ist.

Dabei konnte sich weder eine allgemein gültige Definition darüber durchsetzen, was unter dem Begriff des Wettbewerbs zu verstehen ist, noch konnte eine Einigung erzielt werden, wann dieser einer "Beschränkung" unterworfen ist. Wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und die sich daraus ergebenden Forderungen an die mit § 1 GWB zu vollziehende Wettbewerbspolitik führten zu einer Vielzahl von Lösungsversuchen, die eine breit geführte Diskussion auslösten¹⁾.

Die in dieser Untersuchung zu analysierende Rechtsprechungspraxis wurde dadurch allgerdings, bis auf wenige Ausnahmen, nicht tangiert; deshalb erscheint es angebracht, den Meinungsstand nur kurz zu skizzieren, um anschließend den von der Judikatur bei diesem Tatbestandsmerkmal abgesteckten Anwendungsberich näher festzulegen.

1. Der Wettbewerb

Da das GWB keine Legaldefinition des Wettbewerbsbegriffs enthält, sie wurde bei Erlaß des Gesetzes nicht für notwendig erachtet²⁾, bildeten sich mehrere Auffassungen darüber, welche Inhalte und Anforderungen an diesen Begriff zu stellen sind. Der Gesetzgeber führte in der Begründung zum Regierungsentwurf insofern aus³⁾, daß der

1) vgl. nur Müller Henneberg in GK § 1 Rdnr. 39 ff; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 33; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 48 ff; jeweils m.w.N. sowie grundlegend Baur ZHR 134(170), S. 97ff; Borchardt-Fikentscher "Wettbewerb" 1957; Knöpfle WuW 62, 159ff; ders. "Der Rechtsbegriff Wettbewerb" 1966; Lukes in Festschrift Böhm 1965, S. 199ff; Sandroek "Grundbegriffe" 1968, S. 73 ff

2) vgl. Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik BT Drucks II/3644

3) vgl. BT Drucks II/3462 Anl. 1 Teil C zu § 1 unter 3d

Wettbewerb das Streben bezeichne, "durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen"¹⁾.

Zugrunde lag dieser Definition der ordoliberalen Wettbewerbsbegriff mit der Forderung nach einer vollkommenen Konkurrenz, bei der der einzelne Marktteilnehmer seine Pläne nach den Marktpreisen ausrichtet, die sich aufgrund der Gesamtheit aller Individualentschlüsse seitens der Angebots- und Nachfrageseite einpendeln²⁾. Vernachlässigt wurde dabei, daß sich ein funktionsfähiger Wettbewerb auch durch einen Spannungszustand zwischen den Konkurrenten auszeichnen muß, denn erst das Bewußtsein, seinem Mitbewerber durch den Einsatz von Wettbewerbsparametern Kunden zu entziehen, wird den Unternehmer veranlassen, einen Innovations- oder Preisvorsprung zu erstreben.

So bildeten sich eine Vielzahl von Definitionen, die die Stellung und Beeinflussung der Mitbewerber zueinander als zusätzliche Voraussetzung aufführen sowie den Nachfragewettbewerb berücksichtigen. Als Bezugskriterium wurde dabei häufig darauf abgestellt, daß die wirtschaftliche Betätigung "auf Kosten eines anderen" zu erfolgen habe³⁾.

Knöpfle⁴⁾ und Sandrock⁵⁾ haben allerdings zutreffend darauf hingewiesen, daß dieses Merkmal keinen angemessenen Ansatz bieten kann, da einerseits auch Wettbewerbshandlungen ohne Verlust von Marktanteilen bei den Mitkonkurrenten denkbar sind und andererseits auch der Monopolist Vorteile auf Kosten anderer anstrebt, so daß letztlich keine begriffliche Abgrenzung zu Nicht-Wettbewerbslagen erzielt wird.

Befriedigender und auf breitere Zustimmung stützend⁶⁾

1) vgl. auch Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 33, sowie die Kritik von Knöpfle a.a.O., S. 162

2) vgl. ausführlich Müller-Henneberg im GK §1 Rdnr.40; Westrick/Loewenheim §1 Rdnr.49; Baur a.a.O., S.100; Borchardt/Finkentscher a.a.O., S. 1ff

3) vgl. den Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses a.a.O.; Frankf.Komm. §1 Rdnr.22; Ewald WuW56,256; ähnlich Günther MA 57,35, der betont, das Streben müsse darauf zielen "anstelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers" den Geschäftsabschluß zu erreichen

4) a.a.O., S. 162

5) Grundbegriffe, S. 106

6) vgl. Benisch WuW 60,843ff; Brugger WuW59,467,477; vgl. auch darauf aufbauende Definition v. Sandrock, Grundbegriffe, S. 129

ist hier der Definitionsversuch von Borchardt-Fikentscher zu werten¹⁾. Diese verstehen den Begriff des Wettbewerbs als selbständiges "Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inanspruchstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen"²⁾.

Während von der herrschenden Meinung, unabhängig von den hier angedeuteten Differenzen, der Wettbewerb somit als Handlungsablauf menschlichen Verhaltens angesehen wird, will eine Mindermeinung³⁾ den Schutz des § 1 GWB auf eine bestimmte Marktsituation beziehen. Unter Wettbewerb sind nach dieser Auffassung "die wirtschaftlichen Erfordernisse, Gefahren und Chancen" zu verstehen, "die sich für die einzelnen Marktteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den Verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können."^{4) 5)}

Die Rechtsprechung hat trotz der umfangreichen Entscheidungspraxis bisher nur selten die Notwendigkeit erblickt, den Wettbewerbsbegriff näher zu präzisieren. Aufzuführen sind letztlich nur die Fensterglasbeschlüsse des BGH⁶⁾, die sich allerdings mit dem Ausschluß des letzten wirksamen Wettbewerbs in § 3 GWB beschäftigten. Das Gericht ließ insofern offen, ob die im Hinblick auf das Kartellverbot entwickelten Wettbewerbsdefinitionen auch im Rahmen des § 3 GWB Geltung beanspruchen dürfen⁷⁾. Ebenso unbeantwortet blieb die entscheidungsrelevante

- 1) Borchardt-Fikentscher a.a.O., S. 15
- 2) allerdings ist auch diese Begriffsbestimmung starker Kritik ausgesetzt, vgl. nur Knöpfle a.a.O., S. 163 f.; Sandrock, Grundbegriffe, S. 114 ff
- 3) Behrens NJW 58, 481 ff; Knöpfle a.a.O., S. 166ff, ihm folgend: Müller-Henneberg in GK § 1 Rdnr.44
- 4) Knöpfle a.a.O., S. 174
- 5) auch diese Auffassung blieb von Kritik nicht verschont, vgl. Lukes a.a.O., S. 217 ff; Sandrock, Grundbegriffe, S. 109ff.
- 6) WuW/E BGH 588 Fensterglas IV vom 24.10.63 und WuW/E BGH 907 Fensterglas VI vom 5.2.68
- 7) BGH a.a.O., S. 912 f.

Frage, ob eine Wettbewerbsmaßnahme im Einklang mit der Auffassung des Beschwerdegerichts¹⁾ nicht die Erweiterung des Absatzes auf Kosten anderer voraussetzt²⁾.

Der BGH zeigte dabei sehr deutlich auf, daß verschiedene Marktsituationen denkbar sind, bei denen das streitige Merkmal einerseits erforderlich andererseits entbehrlich ist, um das Vorhandensein von Wettbewerb festzustellen³⁾.

Eine Standortbestimmung des Gerichts zu der bei § 1 GWB anzuwendenden Wettbewerbsdefinition war in dem obigen Beschluß gleichfalls nicht möglich. Außer einer enumerativen Aneinanderreihung verschiedener Bestimmungsversuche⁴⁾ ist in den Entscheidungsgründen keine weitere Aussage aufzufinden, wobei der BGH sogar die Grundsatzfrage offenließ, ob das Kartellverbot den Wettbewerb als Handlungsablauf oder mit der Mindermeinung als Marktsituation zu schützen hat.

Angesichts der geringen praktischen Bedeutung auch in der Spruchpraxis der Judikatur setzt sich in der Literatur neuerdings die Auffassung durch, daß der "Wettbewerb" als reales Phänomen in seinen vielfältigen Erscheinungsformen nicht abschließend erfaßbar ist⁵⁾. Daraus folgt, daß der Versuch einer Begriffsbestimmung der Realität des Wirtschaftslebens nicht gerecht werden kann und somit auch die gewonnene Definition der Praktikabilität entbehrt. Schon der Gesichtspunkt, daß mit der Fixierung auf eine Lesart neue wettbewerbliche Erscheinungsformen möglicherweise nicht erfaßbar sind, läßt es ratsam erscheinen, den Wettbewerbsbegriff offen zu halten und auf eine abschließende Inhaltsbestimmung zu verzichten⁶⁾.

1) vgl. WuW/E OLG (KG) 813,818, Fensterglas V vom 28.12.1966

2) a.A. Pickel in seiner Urteilsanmerkung (WuW/E BGH 929), der in dem Beschluß des BGH eine ausdrückliche Ablehnung der Rechtsauffassung des KG zu erkennen glaubt.

3) a.a.O., S. 914

4) a.a.O., S. 912

5) vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr.33; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 50f jeweils m.w.N.

6) vgl. Köhler, Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager S. 16ff

Letztlich hat die Rechtsprechung diesen Grundsatz ständig verfolgt, indem sie jeweils im Einzelfall feststellte, ob das zu beurteilende Verhalten wettbewerblich relevant war oder nicht; sie hat sich somit niemals auf das schwierige Gebiet einer Begriffsbestimmung begeben.

2. Die Wettbewerbsbeschränkung

Aufgrund der verschiedenen Auffassungen, die sich über den Ablauf des Wettbewerbs und den dabei wirkenden, unterschiedlichen Faktoren bildeten, war es vorgegeben, daß auch die Frage der Beschränkung des Marktablaufs und des Marktverhaltens kontrovers diskutiert wurden.

Hierbei wurde deutlich, daß es unmöglich war, die verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs durch eine befriedigende Definition zu schützen.

Auf der Basis der vollkommenen Konkurrenz im Polypol als idealer Wettbewerbsform konnte der gesellschaftspolitischen Bestimmung weitgehend Rechnung getragen werden. Unter Zugrundelegung der darauf aufbauenden Wettbewerbsdefinition ist eine Beschränkung immer dann zu bejahen, wenn der einzelne Marktteilnehmer in seiner unternehmerischen Handlungsfreiheit beschränkt wird. Unberücksichtigt bleibt dabei die ökonomische Funktion, die der Wettbewerb gleichfalls zu gewährleisten hat. Wird nämlich dem Unternehmer ein festgelegter Freiheitsbereich zugewiesen, so kann sich die Dynamik des Wettbewerbsprozesses, die durch den Spannungszustand zwischen den Marktteilnehmern entsteht, nicht entwickeln¹⁾.

Gefolgert wird deshalb beispielsweise von Sandrock²⁾, daß eine Kartellabsprache erst dann unter § 1 GWB zu fallen habe, wenn sich die beteiligten Unternehmer in einer fühlbaren Abhängigkeit befinden, was erst in einer oligopolistischen Marktstruktur der Fall sei.

Auch Borchardt/Fikentscher³⁾ möchten unternehmerisches Handeln erst dann durch § 1 GWB sanktioniert wissen, wenn als Marktergebnis die Inaussichtstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen beeinträchtigt wird. Gesellschaftspolitisch unbefriedigend fallen nach diesen Definitionen Wettbewerbsbe-

1) vgl. Baur a.a.O., S. 105

2) Grundbegriffe S. 129

3) Borchardt/Fikentscher, a.a.O., S. 29

schränkungen unter Polypolisten sowie ohne negatives Ergebnis auf die Geschäftsbedingungen nicht unter § 1GWB; Rechnung getragen wird andererseits den ökonomischen Wettbewerbsfunktionen¹⁾²⁾.

3. Die Rechtsprechung

a. Allgemeine Voraussetzungen und Begrenzungen

Unabhängig von der wettbewerbstheoretischen Auseinandersetzung stellte die Judikatur mehrere Richtlinien auf, die den Anwendungsberich des Begriffes der "Wettbewerbsbeschränkung" näher präzisierten bzw. einschränkten.

So schloß der Kartellsenat³⁾ im Einklang mit der h.M. in der Literatur⁴⁾ eine Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Verträge und Beschlüsse aus, die einen nach dem UWG oder anderen Gesetzen unzulässigen Wettbewerb unterbinden sollen. Begründet wurde dieser Ausnahmereich mit der allseits vertretenen Ansicht⁵⁾, daß das GWB nur den lauterer Wettbewerb von Beschränkungen freihalten will, sodaß der Schutzbereich des § 1 GWB erst dort einsetzt, wo ein nicht lediglich den gesetzeswidrigen bzw. unlauteren Wettbewerb betreffendes Verhalten tangiert wird.

Eine weitere Einschränkung für die Anwendbarkeit des Kartellverbots geht aus der Forderung hervor, daß sich die Wettbewerbsbeschränkung aus einer autonomen Handlungsweise der beteiligten Unternehmen ergibt. So hat das OLG Düsseldorf⁶⁾ entschieden, daß ein unternehmerisches Verhalten, welches auf einer Preisverordnung, also einer hoheitlichen Maßnahme beruht, nicht unter das Verbot des § 1 GWB zu fallen habe⁷⁾.

1) vgl. dazu die Thematik dieser Arbeit nicht weiter berührenden Diskussionsstand ausführlich bei Baur a.a.O., S. 102f

2) zu der weiteren Frage, ob die Beschränkung zwischen den Beteiligten der Kartellvereinbarung eintreten oder nur der Marktprozeß einer Beeinträchtigung ausgesetzt sein muß, vgl. S. 125 ff

3) WuW/E BGH 451,455 Export ohne WBS vom 26.10.1961

4) vgl. nur Müller-Henneberg im GK§1 Rdnr. 46; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 60 jeweils m.w.N.; a.A. Sack WuW70, 395 ff, der hierin eine systemwidrige Durchlöcherung des Kartellverbots sieht.

5) vgl. hierzu den Nachweis bei Sack a.a.O., S. 395

Des weiteren ausgenommen vom Sanktionsbereich des § 1 GWB sind Regelungen interner und innerbetrieblicher Maßnahmen, soweit sich diese, und hierin liegt eine entscheidende Eingrenzung, nicht als Hemmnis im Einsatz wettbewerbsbezogenen Verhaltens auswirken. Insofern besteht Einigkeit in der Literatur¹⁾, umstritten ist dagegen zum Teil, wie weit sich der Ausnahmereich erstreckt²⁾.

Die Rechtsprechung hat sich bei der Behandlung innerbetrieblicher Maßnahmen stets an den oben dargestellten Grundsatz gehalten.

So stellte das KG in der Fahrschulentscheidung³⁾ heraus, daß die Bindung der Fahrlehrer an das Institut bezüglich der Preisfestsetzung sowie der Unterrichtserteilung als Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist, nicht aber die Verpflichtung der Beteiligten, nicht näher bezeichnete, organisatorische Aufgaben der Zentrale zu übertragen sowie die pädagogischen

-
- 6) WuW/E OLG 631, 634 Zementfrachtenrückvergütung vom 6.12.1963
 - 7) auch diese Entscheidung und der darin enthaltene Grundsatz wurde in der Literatur einhellig begrüßt, vgl. nur Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 39; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 60; Emmerich ZHR 139(1975), 476ff, 494
 - 1) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 48; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 40; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 61; unklar Emmerich a.a.O., S. 497 f und Wettbewerbsrecht § 6.4 b cc, der sich zwar gegen einen Vorbehalt zugunsten innerbetrieblicher Vorgänge ausspricht, dabei aber unbeantwortet läßt, ob und wann diese den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen
 - 2) vgl. einerseits die restriktive Betrachtungsweise bei Sandrock, Grundbegriffe S. 161 ff, andererseits die Beispiele bei Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 50 ff.
 - 3) WuW/E OLG 1083, 1087 vom 20.2.1970, Sachverhalt vgl. S. 52 f

Grundsätze des Instituts zu befolgen. Das Gericht begründete seine diesbezügliche Wertung damit, daß bei den letztgenannten Vereinbarungen jeglicher Anhaltspunkt fehlte, der auf eine Einflußnahme marktbezogener Aktionsparameter deuten würde.

Abschließend soll erwähnt werden, daß das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung natürlich keine gleichartige Beschränkung der Kartellbeteiligten erfordert¹⁾ und ebenso erfüllt ist, wenn sich nur eine Vertragspartei in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit beschränkt²⁾.

b. Grenzfälle

Nach der Auflistung grundlegender Voraussetzungen für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung sollen im folgenden Grenzfälle analysiert werden, um den Standpunkt der Rechtsprechung in diesem Bereich näher herausarbeiten zu können.

aa. Der potentielle Wettbewerb

Zunehmender Bedeutung kommt seit der ausweitenden Interpretation des gemeinsamen Zwecks der Frage zu, ob die Verfahrensbeteiligten zumindest in einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis stehen oder nicht, denn nach der Rechtsprechung³⁾ und der h.M. in der Literatur⁴⁾ ist die Anwendbarkeit des Kartellverbots bei Austauschverträgen unter anderem nur bei Vorliegen eines (möglichen) Konkurrenzverhältnisses zu bejahen. So ist es nicht verwunderlich, daß sich der BGH im Rahmen der neuen Spruchpraxis zum gemeinsamen Zweck veranlasst sah, die potentielle Wettbewerbereigenschaft eines Vertragsbeteiligten zu überprüfen⁵⁾.

1) vgl. nur WuW/E BGH 1709 Sortimentsabgrenzung vom 22.4.1980

2) vgl. WuW/E BGH 1459 Fertigbeton vom 14.10.1976

3) vgl. WuW/E BGH 359, 361 Gasglühkörper; WuW/E BGH 1353, 1355 Schnittblumentransport; WuW/E BGH 1458 Fertigbeton sowie die Ausführungen zum gemeinsamen Zweck

4) vgl. K. Schmidt BB 79, 1173 ff, 1174; Steindorff BB 77, 569 ff, 570

5) WuW/E BGH 1732 Fertigbeton II vom 24. 6. 1980

Jedoch wird schon die Notwendigkeit des Vorliegens dieser Voraussetzung bestritten. Unter der Prämisse, daß mit der h.M. an die Beschränkung der Handlungsfreiheit angeknüpft wird, kommt diese Auffassung¹⁾ zu dem Ergebnis, der Anwendungsbereich des § 1 GWB könne nicht von der Erforderlichkeit eines Konkurrenzverhältnisses abhängig sein. Ist nämlich ein Vertragsbeteiligter in seiner wettbewerblichen Betätigung eingeschränkt, so bleibe diese in jedem Fall bestehen, unabhängig davon, welche Marktposition der andere Vertragspartner einnehme. Diesen Gesichtspunkt aber würde die h.M. verkennen, was zur Konsequenz habe, daß den möglichen Auswirkungen auf den Marktprozeß und damit einem Kriterium der Folgetheorie die entscheidende Rolle zufallen würde²⁾.

Diese Gedankenführung erscheint zunächst bestechend, hält aber einer Überprüfung nicht stand. Zu unterscheiden sind dabei zunächst zwei Sachverhaltskonstellationen:

Zum einen kommt der Wettbewerbseigenschaft des Beteiligten dann eine tragende Rolle zu, wenn dieser Schuldner der wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtung ist. Eine kartellrechtliche Relevanz ist einer solchen Vereinbarung bekanntlich nur dann zuzusprechen, wenn das Konkurrenzverbot einen potentiellen Wettbewerber einschränkt und nicht einen, selbst theoretisch nicht denkbaren, Wettbewerb betrifft.

Auch Langen/Niederleithinger/Schmidt scheinen einer derartigen Überprüfung des Schuldners nicht entgegenzutreten, sondern richten ihre Kritik gegen den umgekehrten Fall der Qualifizierung des Gläubigers als potentiellen Wettbewerber.

Jedoch sind dann die bei Langen/Niederleithinger/Schmidt angeführten Beispielsfälle der Rechtsprechung falsch gewählt³⁾. In der Klinker-Entscheidung des BGH⁴⁾ befaßte sich das Gericht mit der Frage, ob die auf Vollklinker bezogene, wettbewerbsbeschränkende Vertriebsabrede auch einen Beteiligten beeinträchtigt, der nur eine andere Klinkerart herstellt. Dies bejahte der BGH mit der Feststellung, daß ein eventuell geplanter Marktzutritt durch Produktionsumstellung verhindert wird und die genannte Verpflichtung (also Schuldnerstellung)

- 1) a.a.O., Rdnr. 41 und Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 237
- 2) Langen/Niederleithinger/Schmidt sprechen dieser Frage die praktische Relevanz ab, da es meist am Vorliegen des gemeinsamen Zwecks fehlen würde. Unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung kommt der obigen Problemstellung jedoch ein erheblicher Wert zu.
- 3) vgl. a.a.O., Rdnr. 41
- 4) WuW/E BGH 726,731f vom 27. 1. 1966

den Betroffenen als potentiellen Wettbewerber trifft.

Entsprechendes gilt für das Urteil des OLG Frankfurt vom 28.3.1968¹⁾.

Mehrere Hersteller bedienten sich zur Auftragsbeschaffung einer Vermittlungsstelle, während der Vertrieb der Ware in den Reihen der Produzenten verblieb. Die Zentralstelle verpflichtete sich, keinerlei Vertrieb durchzuführen, die Hersteller im Gegenzug, keine Auftragsbeschaffung zu betreiben.

Auch hier unterzog das Gericht die Beteiligten einer Überprüfung ihrer potentiellen Wettbewerbereignschaft nur insofern, als es ihre wettbewerbsbeeinträchtigenden Verpflichtungen betraf. Dies bedeutete auf den Fall bezogen, daß die mögliche Wettbewerberstellung zum einen der Vermittlungsstelle auf dem Vertriebssektor zum anderen der Hersteller auf dem Bereich der Akquisition entscheidend waren.

Allein umstritten bleibt somit die Behandlung derjenigen Verträge, in denen der Gläubiger des Konkurrenzverbotes nicht (potentieller) Wettbewerber des Schuldner ist.

Hier versagt die h.M. zu Recht eine Sanktionierung der Vereinbarung durch § 1 GWB, weil sich das Kartellverbot in der Regel auf horizontale Wettbewerbsbeschränkungen bezieht²⁾

und ein solches Verhältnis jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn die Parteien keine potentiellen Wettbewerber sind.

Des weiteren können die Folgerungen, die Langen/Niederleithinger/Schmidt bei der Anwendung der überwiegenden Meinung getroffen haben, nicht überzeugen:

Entgegen der oben genannten Meinung kommt die herrschende Auffassung bei mangelndem Wettbewerbsverhältnis der Vertragsparteien nicht zu dem Ergebnis, daß dadurch die Wettbewerbsbeschränkung des Schuldners aufgehoben wird, sondern nur zu der Folgerung, daß diese Beeinträchtigung nicht unter den Anwendungsbereich des § 1 GWB fällt. Ebensowenig beinhaltet die hier unterstützte Auffassung eine Analyse des Marktzesses, was schon allein daraus deutlich wird, daß sich die konstatierte Beschränkung völlig unabhängig von der potentiellen oder aber fehlenden Marktstellung der anderen Vertragspartei im Wettbewerb auswirkt.

Im Grunde genommen berührt der Streitstand die schwierige

1) WuW/E OLG 945 ZMR

2) vgl. nur Emmerich Kartellrecht § 14 III 1; Sandrock, Grundbegriffe S. 223 ff; K. Schmidt, Kartellverbot S.55 m.w.N.

Abgrenzung zwischen § 1 und den §§ 15 ff GWB:

Betrachtet man dabei den gemeinsamen Zweck als maßgebendes Kriterium¹⁾, so können jedenfalls theoretisch auch vertikale Verträge unter den Anwendungsbereich des Kartellverbots fallen, unabhängig von einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis. Schließt man hingegen den gemeinsamen Zweck als tragfähiges Tatbestandsmerkmal aus und beurteilt die obige Abgrenzung anhand der vorliegenden, horizontalen oder vertikalen Wettbewerbslage, so kommt der Frage nach der potentiellen Wettbewerbsberei­genschaft eine tragende Rolle zu.

Überzeugender ist m.E. die zweite Auffassung²⁾, da für eine am Sinn und Zweck des § 1 GWB angelehnte Abgrenzung entscheidend sein muß, ob die Beteiligten durch ihre Absprache untereinander die für eine Kartellvereinbarung typische Regelung der gemeinsamen Marktverhältnisse herbeiführen wollen.

Um so interessanter für die vorliegende Untersuchung ist deshalb die schon genannte Fertigbeton II - Entscheidung des BGH, in der der Kartellsenat der Prüfung der potentiellen Wettbewerbsberei­genschaft erstmalig einen weiten Raum widmete. Der diesem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt³⁾ wies nämlich im Gegensatz zu früheren Entscheidungen des BGH, bei denen den Beteiligten unstreitig das obige Attribut zuzusprechen war⁴⁾, eine weitaus problematischere Fallgestaltung auf.

Der Kartellsenat stellte in seiner Urteilsbegründung zunächst fest, daß es konkreter Tatsachen bedarf, die den Schluß zulassen, daß die das Wettbewerbsverbot übernehmende Vertragspartei in der Lage ist, seinen Eintritt in den Markt tatsächlich zu ermöglichen. Im Gegensatz dazu dürfe nicht allein darauf abgestellt werden, ob irgendein Neuling, ungeachtet seiner Möglichkeiten, in den Markt einzudringen und die dortigen Marktverhältnisse beeinflussen vermochte⁵⁾.

1) so auch Langen/Niederleithinger/Schmidt vgl. § 18 Rdnr. 7

2) vgl. dazu K. Schmidt, Kartellverbot S.55

3) vgl. S.62

4) vgl. WuW/E BGH 359, 361, Gasglühkörper; WuW/E BGH, 726, 732, Klinker; der BGH begründete in diesen Entscheidungen die Anwendbarkeit des § 1 GWB bei potentiellen Wettbewerbern, ohne aber zu den notwendigen Voraussetzungen Stellung nehmen zu müssen.

5) BGH a.a.O... S. 1734

Dabei sollen für die genannte Feststellung natürlich solche Umstände nicht berücksichtigt werden, die einer jederzeitigen Änderung unterliegen, wie etwa die Absichten und die besonderen persönlichen Verhältnisse des ins Auge gefaßten Unternehmens¹⁾.

Bei der Frage, ob der betreffende Unternehmer als potentieller Wettbewerber auf dem Transportbetonmarkt die aufgeführten Grundsätze erfüllte, insbesondere welche konkreten Tatsachen für diese Stellung gesprochen haben, begnügte sich der Kartellsenat mit der Aufführung zweier Gesichtspunkte:

Zum einen meinte das Gericht, daß die Eigenschaft des Betroffenen als Händler mit Kies und Sand, also einer der Transportbetonproduktion nahe stehenden bzw. ergänzenden Sparte, für einen möglichen Markteintritt spreche. Entscheidender Aspekt für die Bejahung einer solchen Möglichkeit war für den Kartellsenat aber zum anderen, daß das Wettbewerbsverbot von den Parteien bei der Vertragsverlängerung im Jahre 1972 aufrechterhalten wurde. "Sehen sich die Parteien zu einer solchen Vereinbarung veranlaßt, so kann im allgemeinen davon ausgegangen werden, daß sie auch mit dem Eintritt des sich bindenden Unternehmens in den Markt ernsthaft rechnen, bei ihm also eine entsprechende Potenz voraussetzen"²⁾.

Offensichtlich war für den BGH aufgrund dieser Gesichtspunkte der Beweis der potentiellen Wettbewerbereignschaft erbracht, da er in den sich anschließenden Ausführungen dem Betroffenen den Nachweis auferlegte, im maßgebenden Zeitraum die wirtschaftlichen Voraussetzungen für einen Markteintritt möglicherweise doch nicht zu erfüllen. Diesen traf die Beweislast dafür, daß er die erforderlichen Eigenmittel nicht besaß bzw. die Rahmenbedingungen einen Marktzutritt nicht erlaubten. Dabei schraubte der Kartellsenat die Anforderungen an eine derartige Beweisführung sehr hoch³⁾.

1) BGH a.a.O., S. 1734, so auch schon der BGH in WuW/E BGH 359, 361

2) a.a.O., S. 1734

3) so bemängelte das Gericht den fehlenden Nachweis des Klägers dafür, daß 1972 oder später kein für ein Fertigbetonwerk geeignetes Grundstück mit den notwendigen Verkehrsanschlüssen zu erlangen gewesen wäre; a.a.O., S. 1734

Die Entscheidung des BGH kann nicht befriedigen. Dies gilt zunächst für die vom Gericht durchgeführte Argumentationsweise.

Führt man sich die zuerst erhobene Forderung nach dem Vorhandensein konkreter Tatsachen für einen möglichen Marktzutritt vor Augen, so muß festgestellt werden, daß davon im Ergebnis nichts übrig geblieben ist. Allein der Umstand, daß der betroffene Unternehmer auf einem naheliegenden Marktsegment arbeitet, kann allenfalls bedingt den Schluß zulassen, daß er künftig in der Lage ist, in Wettbewerb zu seinem Vertragspartner zu treten. Jedenfalls ist aus dieser Tatsache allein kein konkreter Hinweis über die wettbewerbslichen Fähigkeiten des sich beschränkenden Unternehmers auf dem neuen Markt zu entnehmen.

Des weiteren bedenklich ist die auf das Festhalten der Parteien an dem Wettbewerbsverbot gestützte Gedankenführung des Kartellsenats. Hier vollzieht der BGH m.E.

einen Zirkelschluß, indem er für die potentielle Wettbewerbereigenschaft und damit für eine entscheidende Frage über die Kartellrechtswidrigkeit des Wettbewerbsverbots konkrete Tatsachen fordert und diese eben in der zu beurteilenden Konkurrenzklausel für vorhanden ansieht. So wird die in Frage stehende Abrede selbst als Beweis für die wettbewerbslichen Auswirkungen, die durch sie hervorgerufen werden könnten, herangezogen.

Aber selbst wenn man die Vereinbarung der Beweisführung unterstellt, so wird damit lediglich die Feststellung ermöglicht, von welchen Beweggründen sich die Parteien bei Vertragsabschluß haben leiten lassen. So kommt der Kartellsenat denn auch zu dem Ergebnis, daß die Betroffenen mit dem zukünftigen Markteintritt rechneten. Ob damit dem Erfordernis eines Nachweises der potentiellen Wettbewerbereigenschaft durch konkrete Tatsachen, wie vom BGH gefordert, Rechnung getragen wurde, muß jedoch bezweifelt werden. Die Heranziehung des Vertragswerkes kann als Resultat nur den Einblick in die Motivation der Beteiligten ermöglichen, sie kann indessen nicht als Tatsachennachweis gewertet werden, der den Schluß

auf die mögliche Wettbewerberposition eines Beteiligten zuläßt. Der Kartellsenat ersetzte mit seiner Subsumtion letztlich die konkrete Feststellung einer potentiellen Wettbewerberstellung auf dem Markt durch die Auffassungen und Ansichten der Parteien über eben diese Frage.

Erreicht wurde dadurch, daß dem betreffenden Wettbewerber der Nachweis in die Hände gelegt wurde, er könne die notwendigen Voraussetzungen für einen Markteintritt nicht erfüllen. Der BGH führte diesbezüglich eine sehr stringente Überprüfung der hierzu getroffenen Einlassungen durch und kam zu dem Ergebnis, der Markteintritt sei auch nach den wirtschaftlichen Möglichkeiten der Prozeßpartei "nicht auszuschließen"¹⁾.

Auch diese Feststellung kann nicht überzeugen. Ansatzpunkt der Kritik bildet die auch vom BGH getragene Überlegung, daß die Eignung eines Wettbewerbsverbots zur Marktbeeinflussung "auch aus dem Ausmaß zu schließen (ist), in dem der Eintritt eines potentiellen Wettbewerbers in den Markt zu erwarten ist, also auch unter Berücksichtigung der Umstände, die seinem Markteintritt entgegen stehen"²⁾. Hierbei verwies das Gericht auf die Ausführungen des ersten Revisionsurteils, in welchem festgestellt wurde, daß die Frage nach der Eignung zur Marktbeeinflussung nicht theoretischer Natur sei, sondern aufgrund konkreter Tatsachen zu beantworten ist³⁾⁴⁾.

Diesen selbstgestellten Ansprüchen wird der BGH aber nicht gerecht, wenn er es im Resultat genügen läßt, daß der Markteintritt nicht auszuschließen ist. Der Ausschluß dieser Möglichkeit ist letzten Endes wohl selten möglich⁵⁾ und die

1) BGH a.a.O., S. 1734

2) BGH a.a.O., S. 1734

3) vgl. WuW/E BGH 1458, 1462

4) vgl. zum Tatbestandsmerkmal der "Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse" ausführlich S.142 ff

5) wenn man die Finanzkraft der Unternehmen unterstellt

Frage danach sehr theoretisch. Jedenfalls wird damit keine Antwort darauf gefunden, ob der Eintritt in den Markt zu erwarten ist. Mit dem Begriff der "Erwartung" verknüpft man üblicherweise eine vorausschauende Vermutung. In Verbindung mit der Forderung strengerer Voraussetzungen an die Feststellung einer marktbeeinflussenden Eignung eines Vertrages in der Fertigbeton I - Entscheidung scheint auch der BGH von einer derart gestalteten Interpretation auszugehen. Ist aber die Frage nach der potentiellen Wettbewerbseigenschaft solchermaßen mit dem Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung verbunden, daß diese auch aus dem Ausmaß des möglichen Markteintritts zu ermitteln ist, so sind für die Beantwortung entsprechende Kriterien heranzuziehen. Der Forderung, daß sich die Eignung in einem tatsächlichen Eingreifen in den Marktablauf mit einer merklichen Beeinträchtigung der Marktalternativen widerspiegelt^{1) 2)}, muß ein entsprechendes Korrelat bei der Prüfung der potentiellen Wettbewerbseigenschaft über den Nichtausschluß eines Markteintritts hinaus festgestellt werden, ob konkrete Tatsachen die Vermutung zulassen, daß diese wettbewerbliche Betätigung erwartet werden kann, sich also die Möglichkeit eines Auftretens auf dem neuen Marktsegment verdichtet haben.

Abschließend bleibt festzustellen, daß der BGH mit dieser Entscheidung den schon immer vertretenen Gedanken fortführte, die Anforderungen an die Voraussetzungen des § 1 GWB bei der Frage der Bestimmung des Normadressaten möglichst gering zu stellen. In Verbindung mit der Spruchpraxis zum Unternehmensbegriff ergibt sich daraus für den Sanktionsbereich des Kartellverbots ein überaus weites Anwendungsfeld. Für den Kartellsenat ist offensichtlich schon die Existenz einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung Anlaß genug, um auf Grund der dadurch ausgedrückten Regelungsbedürftigkeit auf die potentielle Unternehmereigenschaft der Beteiligten zu schließen. Aller-

1) so der BGH in Fertigbeton I a.a.O., S. 1462

2) vgl. dazu S. 152 f

dings widerspricht das Gericht damit den selbstgesteckten und aufgestellten, schärferen Voraussetzungen, die an den Nachweis eines möglichen Marktzutritts zu stellen sind und bestätigt die neueren Tendenzen bei der Ermittlung der Marktverhältnisse im Rahmen des hier angesprochenen Problemkreises nicht.

bb. Beeinträchtigung des Marktprozesses als Folge-
vertraglicher Beschränkung der Handlungsfreiheit
der Beteiligten?

Schon bei der Darstellung der Gegenstands- bzw. Folgetheorie wurden die verschiedenen Auffassungen darüber, wann eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB vorliegt, aufgeführt. Während die einen unter Berufung auf den Wortlaut eine vertragliche Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit fordern, genügt es den anderen für die Bejahung des Kartellverbots das Nachlassen des wettbewerblichen Strebens, welches durch den Vertrag, auch in Verbindung mit außerhalb der Vereinbarung liegenden Umständen, verursacht wird. Dabei beruft sich die letztgenannte Ansicht darauf, daß nur so ein Leerlaufen des § 1 GWB vermieden werden kann¹⁾. Allerdings zeichnet sich in letzter Zeit eine Annäherung der Standpunkte ab, als auch Vertreter der Folgetheorie die Wettbewerbsbeeinträchtigung zunächst anhand der Einschränkung von Aktionsparametern der beteiligten Vertragsparteien konstatieren wollen²⁾.

Davon unberührt bleibt allerdings die in diesem Abschnitt aufgeworfene Frage, welcher Ausweitung dieses Tatbestandsmerkmal durch die Anwendung der Gegenstandstheorie in der Rechtsprechung unterzogen wurde.

Auch zu diesem Problemkreis blieb eine Stellungnahme der Judikatur lange Zeit aus, sodaß erst bei der kartellrechtlichen Qualifizierung der identifizierenden Marktinformativverfahren³⁾

1) vgl. zum Diskussionsstand ausführlich S.90 ff

2) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 233 ff; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 58

3) im weiteren Text: MIV

der skizzierte Fragenkomplex durch die Entscheidungen des KG¹⁾ und des BGH²⁾ tangiert wurde.

Demgegenüber vertritt Enmerich³⁾ die Auffassung, ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1969⁴⁾ habe im Grunde genommen die Entscheidung über das Schicksal der MIV vorweggenommen, weil schon dort die gegenseitige Information der beteiligten Unternehmen über ihre Angebote sanktioniert wurde.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Grundlage für die Qualifizierung der Preisabsprachen als wettbewerbsbeschränkend war in der zitierten Entscheidung nicht § 1 GWB, sondern § 5 II BaupreisVO. Grundsätzlich können aber die Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in verschiedenen Gesetzen unterschiedlich sein, vor allem im Hinblick auf den Gesetzesbefehl der jeweiligen Bestimmung⁵⁾.

Gerade die hier in Frage stehenden Normen geben dafür ein Beispiel. § 5 II BaupreisVO soll die Preisbildung als Vorgang schützen, um einen freien Wettbewerb bei der Vergabe von Leistungen auf der Grundlage einer Ausschreibung zu ermöglichen. Zu erreichendes Ziel ist dabei die Aufrechterhaltung des Preisstandes, worauf auch die Rechtsfolge hindeutet, die bei einem Verstoß gegen § 5 II als höchsten Preis den Selbstkostenfestpreis vorschreibt⁶⁾. Insofern ist eine Wettbewerbsbeschränkung völlig unabhängig von einer möglichen Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit der Beteiligten zu beurteilen und schon dann gegeben, wenn der Preisbildungsprozeß beeinflußt

1) WuW/E OLG 1253 Tubenhersteller II vom 24.3.1972; WuW/E OLG 1327 Aluminium-Halbzeug vom 3.11.1972)

2) WuW/E BGH 1337 Aluminium-Halbzeug vom 29.1.1975

3) ZHR 139, 476 ff, 498 f

4) vgl. WuW/E BGH 1045 vom 23.10.1969

5) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr.43

6) vgl. Hereth/Crome Baupreisrecht § 7 BPV Rdnr. 3 (S.140)

wird¹⁾. Eine derart gestaltete Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals ist demgegenüber bei § 1 GWB umstritten, sodaß sich eine Übernahme der in dieser Entscheidung dargelegten Grundsätze zu § 5 II BaupreisVO verbietet.

In der vorliegenden Untersuchung soll davon ausgegangen werden, daß ein MIV wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfaltet; die Teilnehmer eines solchen Verfahrens sind keinem Geheimwettbewerb ausgesetzt, es entfällt die Möglichkeit, Geheimgeschäfte abzuschließen, der Zwang zur scharfen Kalkulation wird aufgehoben, wodurch insgesamt die Intensität des Wettbewerbs vermindert wird²⁾. Allein zu fragen bleibt, ob in der Praktizierung eines MIV ein Verstoß gegen das Kartellverbot zu sehen ist. Dabei soll zunächst unterstellt werden, daß mit der Gegenstandstheorie eine in der Abrede liegende Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit zwischen den Teilnehmern des MIV zu fordern ist.

Einziger Ansatzpunkt für die kartellrechtliche Sanktionierung bleibt dann die Meldepflicht der teilnehmenden Unternehmen gegenüber der Zentrale, die den schutzwürdigen Geheimwettbewerb zwischen den Parteien ^{unter} verbindet. Streng genommen ergibt sich daraus für die Unternehmen keine Beschränkung ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit, da sie in ihrer Preisgestaltung genauso ungebunden bleiben wie vor Eintritt in das MIV; ihnen wird also kein Tun verboten, welches vorher offenstand.

Insofern stößt der hier zu beurteilende Sachverhalt an die Grenzen des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung, und es bleibt zu fragen, was unter einer "Beschränkung" einerseits und unter einer Wettbewerbshandlung andererseits zu verstehen ist.

1) vgl. BGH a.a.O., S. 1046

2) schon diese Frage ist äußerst umstritten. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung bejahen mit der Rechtsprechung: Hoppmann WuW 66, 97 ff; Markert DB 63, 1455 ff; Süner DB 71, 2458 ff; ablehnend: Behrens, Marktinformation und Wettbewerb S. 26 ff, Seidenfus, Kooperative Marktinformation S. 100 ff; Sölter BB 72, 1237 ff; v. Brunn BB 75, 1555 ff; jeweils m.w.N.

Man könnte für den vorliegenden Fall daran denken, entweder eine "Beschränkung" nicht nur dann anzunehmen, wenn eine Handlungsmöglichkeit vertraglich ausgeschlossen wird oder andererseits fragen, ob eine Wettbewerbshandlung i.S.d. § 1 GWB über die üblichen Wettbewerbsparameter wie Preis, Konditionen, Service u.a. hinaus auch andere marktbezogene Verhaltensweisen umfaßt.

Der BGH wählte bekanntlich den zweiten Weg, indem er den Geheimwettbewerb als eigenständige Wettbewerbsform anerkannte. Ausgangspunkt ist dabei, daß Wettbewerbshandlungen ohne Mitteilung an die Meldestelle und damit an die Konkurrenten vertraglich ausgeschlossen sind. Allein möglich sind nur noch Handlungen mit identifizierenden Meldungen¹⁾. Im Ergebnis wandelt das Gericht so die Pflicht zur Meldung von Marktdaten in ein Verbot um. Schon diese Umsetzung birgt Probleme in sich, denn die Eigenständigkeit des Geheimwettbewerbs ist schon dann nicht mehr gegeben, wenn es an einer Meldestelle fehlt. Der Unternehmer steht in einem solchen Fall garnicht mehr vor der Alternative, ob er das Mittel des geheimen Preiswettbewerbs einsetzen soll oder nicht, entsprechend setzt er sich bei Eintritt in ein MIV diesbezüglich keiner Beschränkung aus.²⁾

Zudem ist ungewiß, ob der Geheimwettbewerb als selbstständiger Parameter angesehen werden kann. Der BGH³⁾ verweist hierzu auf die Feststellung, daß die vertragliche Bindung für die Beteiligten den "Verzicht auf einen wettbewerbswirksamen Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel" bedeutet, wodurch die "Dynamik des Marktgeschehens" und damit die "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, die § 1 GWB sichern will", beeinträchtigt wird⁴⁾. Mit dieser Aussage offenbart der Kartellsenat die wahren Beweggründe, die für ein Verbot der MIV sprechen, denn es wäre wettbewerbspolitisch nicht verständlich, wenn sich der Anwendungsbereich des § 1 GWB nicht auf dieses Kartellsurrogat erstrecken würde. Andererseits stellen sich

1) vgl. BGH a.a.O., S. 1339

2) auf diesen Aspekt hat vor allem Knöpfle (NJW 75, 986 f) hingewiesen

3) BGH a.a.O., S. 1343

4) so auch das KG(a.a.O., S. 1329) in der Vorinstanz, das die Verminderung der Wettbewerbsintensität in den Vordergrund stellte

alle aufgezählten Wirkungen nur als Folge des Meldesystems ein, die nicht in vertragliche Verpflichtungen eingebunden sind, denn dem beteiligten Unternehmer ist es rechtlich völlig unbenommen, auch weiterhin den Preis als Wettbewerbsmittel gegen seine am MIV mitbeteiligten Konkurrenten einzusetzen.

Wenn der BGH mit der genannten Begründung die Kartellrechtswidrigkeit trotzdem bejahte, so widerspricht er mit dieser folgenbezogenen Betrachtungsweise sicherlich gegen das grundlegende Verständnis der Gegenstandstheorie. Enttäuschen muß aber, daß das Gericht bei der rechtlichen Subsumtion nicht auf diese praktisch bedeutsamen Auswirkungen abstellte, sondern den schon aufgeführten, vertraglichen Geheimwettbewerbsverzicht als entscheidendes Kriterium ansah. Es drängt sich der Eindruck auf, daß der Kartellsenat auf diese Weise eine an sich erforderliche Abkehr von der Gegenstandstheorie vermeiden wollte. Außerdem taucht jetzt das schon angeschnittene Problem auf, einen weiteren, selbständigen Wettbewerbsparameter zu definieren, obwohl das Gericht die Beschränkung des Preiswettbewerbs und damit die Beeinträchtigung des unstreitig wichtigsten Wettbewerbsmittels feststellte.

Im Ergebnis ist demnach der Frage nachzugehen, was unter einer Wettbewerbshandlung i.S.d. § 1 GWB zu verstehen ist.

Legt man hierbei die Definition von Borchardt/Fikentscher¹⁾ zu Grunde, so umfaßt § 1 GWB nur solche Maßnahmen, die sich auf die Geschäftsverbindungen mit Dritten beziehen. Ob diese marktbezogene Tätigkeit auch tatsächlich Außenwirkungen entfaltet, soll nach Auffassung der Gegenstandstheorie mit dem Tatbestandmerkmal der "Eignung zur Beeinflussung der Markverhältnisse" nachgegangen werden²⁾.

Als sicherlich zu eng muß die Auffassung bezeichnet werden, die ein Verhalten nur dann als wettbewerbsrelevant betrachten will, wenn sich dieses unmittelbar auf den Geschäftsabschluß mit den Partnern der Marktgegenseite bezieht³⁾. Die Geheimhaltung der Preise wäre danach kein eigenständiges Wettbewerbsmittel, denn für die Kunden wird der Preis, die Qualität und sonstige Gesichtspunkte die kaufentscheidende Rolle spielen, nicht aber

1) vgl. S. 112

2) vgl. S. 91

3) vgl. Müller-Henneberg § 1 Rdnr. 47; Sünder DB 71, 2458 ff, 2460

die Tatsache, ob der ausgehandelte Preis gemeldet werden muß oder nicht. Häufig werden sie von einem MIV sogar nichts gewußt haben¹⁾.

Allerdings verkennt diese Meinung, daß ein Wettbewerbsverhalten nicht nur bei Abschluß von Geschäften sondern beispielsweise auch dann vorliegen kann, wenn im Vorfeld Verbindungen aufgrund günstiger Angebote geknüpft werden oder Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung ergriffen werden²⁾. Für den Wettbewerb ist demnach auch entscheidend, daß sich für die Abnehmer überhaupt alternative Angebote bilden. Andererseits ergibt sich nun die Schwierigkeit, eine justitiable Abgrenzung zu finden, denn letztlich wird jeder unternehmerischen Maßnahme unter irgendeinem Gesichtspunkt ein Marktbezug nicht abzusprechen sein³⁾. Versuche, hier eine eingrenzende Definition zu finden, stellen darauf ab, ob die Maßnahme ihrem Wesen nach geeignet ist, sich auf dem Markt auszuwirken⁴⁾, oder ob sie in einem untrennbaren, notwendigen Zusammenhang mit dem Marktverhalten steht⁵⁾. Eine befriedigende Grenzlinie wird mit solchen verschwommenen Begriffsbestimmungen wohl kaum zu ziehen sein, die von der Gegenstandstheorie aufgestellte und als Vorteil herausgehobene Forderung nach Rechtssicherheit wird jedenfalls nicht mehr zu erfüllen sein. Schon die Untersuchung von Hefermehl bestätigt dies, in welcher unter Anwendung seiner Definitionen eine Regelung über Forschung, Transport und Lager-

1) so Hefermehl, a.a.O., S. 13

2) vgl. Markert ZHR 134 (1970), S. 55 ff, 57

3) vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 47, der als Beispiel innerbetriebliche Maßnahmen anführt, die sich über den Kostenansatz auch auf das Preisverhalten auswirken.

4) so Koenigs NJW 64, S. 2343

5) so Hefermehl, a.a.O., S. 33

6) so schon Vogel S. 91

haltung einen Marktbezug zugesprochen, die hier in Frage stehende Verknüpfung aber als willkürlich bezeichnet wird¹⁾. Dabei deckt sich die Begründung Hefermehls, daß Forschungsverzicht den Verlust von Wettbewerbsvorsprüngen bewirkt, im Ergebnis mit den Auswirkungen, die der mangelnden Geheimhaltung von Preisen folgt.

Demgegenüber verband der BGH den nötigen Marktbezug mit der Frage, ob das vertraglich ausgeschlossene Verhalten einen Einfluß auf die Faktoren ausübt, die für den Ablauf des Marktgeschehens, d.h. für die Bildung von Angebot und Nachfrage von Bedeutung sind und stellte dazu auf die Chancenverminderung der Marktgegenseite ab²⁾. Unter teilweise wörtlicher Anlehnung an seine Entscheidung vom 26.10.1961³⁾ führte das Gericht ergänzend aus, daß unter den "Marktverhältnissen" im Sinne des Kartellverbots alle Eigenschaften zu verstehen sind, die einem besonderen Markt das Gepräge geben, wozu unter anderem die Art und Intensität des Wettbewerbs und die Form des Auftretens der Marktpartner auf dem Markt gehören. Ist der Unternehmer in der Wahl dieser marktbezogenen Mittel nicht mehr frei, so beschränkt er seine wettbewerbliche Handlungsfreiheit, welche eine Verminderung der Intensität und damit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bedeuten. Auch der Definitionsversuch des BGH kann nicht überzeugen. Zunächst bleibt festzustellen, daß der vom Kartellsenat angeführte Gesichtspunkt der Minderung der Wettbewerbsintensität nur Folge des Vertrags sein kann und somit für die Begründung eines vertraglichen Wettbewerbsverzichts untauglich ist⁴⁾.

Des weiteren erscheint es bedenklich, das Vorliegen einer marktbezogenen Tätigkeit von der Eignung, die Chancen der Marktgegenseite zu beeinflussen, abhängig zu machen, wobei der Kartellsenat die jeweiligen Umstände des Falles bzw. des konkreten Marktes⁵⁾ heranziehen will. Denn nach dem

1) Hefermehl a.a.O., S. 13, 33

2) BGH a.a.O., S. 1342

3) WuW/E BGH 451 ff, 455 Export ohne WBS; in welcher der BGH den Verzicht von bestimmten Werbemaßnahmen als wettbewerbsbeschränkend i.S.v. § 1 GWB qualifizierte

4) vgl. auch Knöpfle a.a.O., S. 986

5) vgl. BGH a.a.O., S. 1340

grundlegenden Verständnis der Gegenstandstheorie muß sich die Beschränkung des wettbewerblichen Verhaltens abstrakt aus dem Inhalt des Vertrages ermitteln lassen, also unabhängig von den Umständen außerhalb der Vereinbarung. Für die Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit bleiben demnach Marktstruktur, Auswirkungen auf Nachfrager bzw. Konkurrenten und die konkreten Wettbewerbsverhältnisse des Einzelfalls außer Betracht, gefragt wird nur, ob das Verhalten der Vertragsbeteiligten inter partes gebunden wird¹⁾. Auf den Fall bezogen müßte demnach die Geheimhaltung von ausgehandelten Preisen auch in einer polypolistischen Marktstruktur als Wettbewerbsparameter zu qualifizieren sein, was zumindest sehr umstritten ist²⁾.

Dieser Problemstellung entzieht sich der BGH scheinbar elegant, wenn er nur die für den konkreten Markt relevanten Faktoren bei der Beurteilung der Kartellrechtswidrigkeit berücksichtigen will. Auf diese Weise werden die Auswirkungen der Abrede auf die Marktverhältnisse allerdings schon bei dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung geprüft, was im Ergebnis auf die Feststellung hinausläuft, ob der Marktprozeß beeinträchtigt wird oder nicht. Hierin liegt aber ein Widerspruch zu den Aussagen der Gegenstandstheorie, die eine marktfolgenbezogene Betrachtungsweise bei der Bestimmung des wettbewerbsbeschränkenden Inhalts eines Vertrages verbietet.

Auch der Versuch des BGH, nur die Eignung, also die abstrakte Markterheblichkeit des in Frage stehenden Verhaltens festzustellen und die tatsächlichen Auswirkungen erst bei dem Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung zu prüfen, ändert an dieser Diskrepanz nichts³⁾.

Soll der abstrakte Marktbezug nämlich jeweils neu anhand konkreten Einzelfalls bestimmt werden - schon diese Aussage ist in sich widersprüchlich - so bleibt das Erfordernis bestehen, die gesamten außerhalb des Vertrags liegenden Rahmenbedingungen mit zu berücksichtigen.

1) vgl. Kappuhn, S. 19 m.w.N.

2) Hoppmann DB 70, 93 ff; vgl. Markert DB 63, 1445; Schmidt WuW 63, 97

3) dem BGH zustimmend Immenga in Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdnr. 242

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß der BGH an der Forderung nach einer vertraglichen Bindung festhält, die wettbewerbliche Relevanz dieser Verpflichtung aber an den daraus entstehenden Folgen bestimmt.

Diese Vorgehensweise dokumentiert sich auch deutlich im Leitsatz der Entscheidung, in welchem der Kartellsenat die Unwirksamkeit eines MIV feststellt, "wenn die Beteiligten... damit vertraglich auf den wettbewerbswirksamen Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel verzichten". Ein solcher Verzicht wird bei einem Preismeldeverfahren überhaupt vereinbart, sondern folgt aus der Praktizierung des Meldesystems. Daran kann auch die vertragliche Meldepflicht nichts ändern, da die mit ihr verbundene mangelnde Geheimhaltung der Preise nur eine Voraussetzung darstellt, aus der im Zusammenhang mit weiteren Umständen¹⁾ die Erstarrung des Preiswettbewerbs folgt. Bei Anwendung der Gegenstandstheorie läßt sich demnach die Kartellrechtswidrigkeit der MIV nicht begründen, die Konstruktion des Geheimwettbewerbs kann demnach nicht dazu führen, eine folgebezogene Betrachtungsweise des Sachverhalts zu umgehen.

Richtig erkannt haben Knöpfle²⁾ und Markert³⁾, daß im Gegensatz zum Lösungsweg der Judikatur zu untersuchen ist, ob die Begründung der oben aufgeführten Meldepflicht eine "Beschränkung" des Preis- und Konditionenwettbewerbs im Sinne des Kartellverbots bewirkt. Markert⁴⁾ setzte dabei an der Feststellung an, daß die Teilnehmer eines MIV Wettbewerbshandlungen, die Gegenstand der Meldepflicht sind, nur unter der Bedingung⁴⁾ vornehmen dürfen, daß eine fristgemäße Meldung an die Zentralstelle erfolgt. Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Gegenstandstheorie kann nach dieser Auffassung auch dann vorliegen, wenn

1) Marktstruktur, Reaktion der Parteien auf die Preisinformationen u.a.

2) NJW 75, S. 987

3) DB 63, 1455ff; ZHR 134 (1970) 55 ff

4) dieser Begriff soll hier nicht im rechtstechnischen Sinne verstanden werden, vgl. Markert ZHR 134, S. 57

die Vornahme einer bestimmten Wettbewerbshandlung vertraglich nicht ausgeschlossen wird, sondern wenn eine solche Handlung durch Vertrag mit einer Verpflichtung zur Vornahme einer anderen Handlung gekoppelt wird¹⁾.

Das KG sowie der BGH erwähnten diesen Gedankengang in ihren Entscheidungen zu den MIV nicht.

Demgegenüber scheint ein Urteil des BGH aus dem Jahre 1980²⁾ genau diesem Lösungsweg zu folgen, wenn es in seinem Leitsatz verkündet, daß § 1 GWB auch solche Tatbestände umfaßt, " bei denen der einzelne in seiner Entschließungsfreiheit, bestimmte unternehmerische Markthandlungen vorzunehmen, im Rechtssinne frei ist, bei denen aber vertragliche und satzungsmäßige Bindungen bestehen, die den Gebrauch dieser Freiheit mit bestimmten wirtschaftlichen Nachteilen verknüpfen"³⁾.

Der Senat stützte seine Auffassung dabei auf eine die vertikale Preisempfehlung betreffende Entscheidung⁴⁾ und stellte sich auf den Standpunkt, daß § 1 GWB nach "Wortlaut, Sinn und Zweck in gleicher Weise wie § 15 GWB"⁵⁾ Tatbestände der aufgeführten Art erfaßt. Abgesehen davon, daß sich der BGH hier die Argumentation von Vertretern der Folgetheorie zu eigen macht, die die Sanktionierung von wirtschaftlichen Bindungen in § 15 GWB als allgemeine Wertung verstanden wissen wollen, welche gegen das Erfordernis einer vertraglichen Bindung in § 1 GWB spreche⁶⁾, erscheint schon diese Schlußfolgerung zumindest erörterungsbedürftig, da § 16 GWB ausdrücklich von einer rechtlichen oder wirtschaftlichen Bindung spricht⁷⁾. Auch sonst läßt diese Entscheidung viele Fragen offen, die hauptsächlich daraus resultieren, daß der zitierte Leitsatz in den Entscheidungsgründen keiner auf den Sachverhalt bezogenen Konkretisierung

1) Markert ZHR 134, 57 f.

2) WuW/E BGH 1707 Taxi-Besitzervereinigung vom 22.4.1980; Vorinstanz: WuW/E OLG (Celle) 2045 vom 29.11.1978

3) wobei man mit Markert (a.a.O., S. 58) ergänzen könnte: "...die den Anreiz, die betreffende Wettbewerbshandlung vorzunehmen, erheblich verringern."

4) WuW/E BGH 251, "4711" vom 8.10.1958

5) BGH a.a.O., S. 1708

6) vgl. S. 96 f

7) vgl. hierzu auch die Urteilsanmerkungen von van Venrooy, DB 81, 879 f.

unterzogen wurde. Für die vorliegende Untersuchung muß das Urteil insofern enttäuschen, Trotzdem ist die den Grenzbereich des § 1 GWB tangierende Entscheidung einer Analyse zu unterziehen.

Der BGH hatte den Beschluß einer Taxi-Besitzervereinigung zu beurteilen, durch welchen diese eines ihrer Mitglieder aus der Vereinigung ausschließen wollte. Diese Maßnahme basierte auf einer von allen Mitgliedern gestützten, früheren Erklärung, die eine freiwillige Begrenzung der Taxenanzahl durch den Verzicht auf weitere Beantragungen von Taxikonzessionen aussprach. Der Mitgliedschaft in der Vereinigung kam nach der nicht näher erläuterten Feststellung des BGH ein "nicht unerheblicher finanzieller Wert"¹⁾ zu und berechtigte ferner zur Benutzung einer Funk- und Telefonzentrale.

Das Berufungsgericht verneinte die Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften durch den Ausschließungsbeschluß indem es sich auf den Standpunkt stellte, die Wettbewerbstätigkeit eines Taxiunternehmers werde von der Mitgliedschaft in der Vereinigung nicht wesentlich berührt. Daran änderte nach Auffassung des OLG Celle auch die Beschränkung der Wagenzahl nichts, da diese Verpflichtung an die Mitgliedschaft gekoppelt war und diese gekündigt werden konnte²⁾. Den Beteiligten blieb es somit durch einen freiwilligen Austritt völlig unbenommen, der Beschränkung zu entgehen und beliebig viele Taxen einzusetzen³⁾.

Der BGH beschäftigte sich in seiner Revisionsentscheidung ausführlicher mit dieser Argumentation, ohne das vom Berufungsgericht aufgestellte Erfordernis einer "durchsetzbaren Verbindlichkeit"⁴⁾ in Abrede zu stellen. Wenn der Kartellsenat weiterhin auf eine vertragliche oder satzungsmäßige Bindung der oben aufgeführten Art abstellte, so bleibt festzuhalten, daß sich das Gericht bei der Beurteilung dieses Sachverhalts in

1) BGH a.a.O., S. 1707

2) OLG a.a.O., S. 2046

3) wobei die Frage einer möglichen Benutzungserlaubnis der Funk- und Telefonzentrale aufgrund § 26 II GWB offengelassen wurde; OLG a.a.O., S. 2046

4) OLG a.a.O., S. 2046

eindeutiger Weise der Gegenstandstheorie angeschlossen hat¹⁾. Insofern kann dieses Urteil als Beleg dafür gelten, daß der Streit um die Gegenstands- bzw. Folgetheorie in keiner Weise entschieden ist und die allzu optimistischen Meinungen, die nach der ZVN-Entscheidung eine völlige Abkehr des BGH von der Gegenstandstheorie zu konstatieren glaubten²⁾, verfehlt sind. Dabei hätte sich gerade dieser Sachverhalt angeboten, mit der Zweck- bzw. Folgetheorie die Kartellrechtswidrigkeit der Begrenzungsabrede festzustellen.

Diese Chance hat sich der Kartellsenat leider entgehen lassen, indem er die im Leitsatz wiedergegebene Position bezog. Völlig offen bleibt allerdings, welche rechtliche Konstruktion das Gericht wählte, um die dort definierten "Tatbestände" unter § 1 GWB zu subsumieren .

Van Venrooy³⁾, für den der Begrenzungsbeschluß für sich allein schon kartellrechtswidrig war, möchte über diesen Beschluß hinaus eine weitere stillschweigende Einigung der Betroffenen über ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gesehen haben, für welche der BGH eine Bindungswirkung aufgrund wirtschaftlicher Nachteile bejahte. Das Problem dieser Entscheidung würde sich dann auf die Frage nach der Qualität der Verknüpfung zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung verlagern.

Ob man sich dieser Betrachtungsweise anschließen kann, erscheint allerdings fraglich. Zunächst wäre kaum verständlich, daß der BGH in seinem Leitsatz einen Tatbestand umschreibt, der letztlich wegen der Kartellrechtswidrigkeit schon der Erstabsprache nur eine unnötige Hilfsbegründung darstellt. Auch scheint die Annahme einer weiteren Vereinbarung nicht zwingend, denn im Zeitpunkt des Beschlusses wußten die Beteiligten, daß die Einhaltung ihrer Verpflichtung an die wirtschaftlich bedeutende Mitgliedschaft gekoppelt war. Eine zusätzliche, horizontale Abstimmung über die Verbindlichkeit dieser Erklärung war insofern entbehrlich und kann demnach nicht unterstellt werden.

Des weiteren scheint auch der Wortlaut der Urteilsgründe

1) Kroitzsch (GRUR 80, 942) spricht von einem "Schulbeispiel" für die Gegenstandstheorie.

2) vgl. dazu die Nachweise auf S. 104

3) a.a.O., S. 880

eher dafür zu sprechen, daß der Kartellsenat das Hauptproblem bei der Bestimmung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung gesehen hat, da er die Frage der Kündigung mit den daraus folgenden Konsequenzen "unter dem Blickpunkt dieses Tatbestandsmerkmals" abhandelte. Nachzugehen wäre demgemäß der Fragestellung, ob sich die Beteiligten durch die Begrenzungsvereinbarung in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit beschränkt haben.¹⁾

Folgt man dem hier vertretenen Interpretationsversuch, so ist eine Beschränkung des Marktverhaltens in Anlehnung an den Leitsatz der Entscheidung schon dann zu bejahen, wenn der Gebrauch der wettbewerblichen Handlungsfreiheit vertraglich mit bestimmten wirtschaftlichen Nachteilen verknüpft ist. Auf den Fall bezogen entfalte die Begrenzungsabsprache deshalb wettbewerbsbeschränkende Wirkung, weil der (rechtlich mögliche) Einsatz weiterer Taxis notwendig einen mit wirtschaftlichen Nachteilen verbundenen Austritt aus der Vereinigung nach sich zog.

Mit dieser Feststellung ist für die vorliegende Untersuchung allerdings noch wenig gewonnen. Um die Grenzbereiche des Kartellverbots näher abzustecken ergibt sich nun die Notwendigkeit, das Erfordernis der "bestimmten wirtschaftlichen Nachteile" näher zu definieren und einzugrenzen. Wann ist eine mit dem kartellrechtlich relevanten Marktverhalten verknüpfte

1) die vorliegende Entscheidung zeigt deutlich auf, wie stark die Frage nach der Qualität der vertraglichen Bindung des Marktverhaltens mit den Versuchen einer Definition der Beschränkung wettbewerblichen Handelns verwoben ist. Eine genaue Trennung wird auch in der Literatur nicht konsequent vollzogen. So ordnet Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 306 die Auffassungen von Beuthien (vgl. dazu S. 94) und Markert (vgl. S. 133) der funktionalen Gegenstandstheorie zu, obwohl die genannten Autoren dogmatisch sicherlich verschiedene Ansätze gewählt haben.

Bedingung so nachteilig, daß deren Erfüllung eine genügend starke Bremswirkung auf das wettbewerbliche Streben entfaltet, um eine Beschränkung i.S.d. § 1 GWB annehmen zu können?

Wie schon erwähnt, begnügte sich der BGH zu diesem Punkt mit der Feststellung, der Mitgliedschaft komme ein "nicht unerheblicher finanzieller Wert" zu, ohne hierzu nähere Ausführungen folgen zu lassen. Die Beantwortung der hier im Raum stehenden Fragestellung rückt so in den Bereich der Spekulation, und es kann nur abgewartet werden, welche Resonanz und Ausgestaltung dieser Leitsatz in der Judikatur finden wird.

Ob der vom Kartellsenat eingeschlagene Weg allerdings über diese Entscheidung hinaus gangbar ist, muß bezweifelt werden. Es drängt sich vielmehr der Eindruck auf, daß der BGH wie schon bei den MIV auch hier eine ergebnisbezogene Argumentation verfolgt, ohne seine Grundposition zu dem angeschnittenen Problemkreis zu überdenken bzw. zu revidieren. Die Korrektur der Gegenstandstheorie über das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung mit dem Aufspüren von Bedingungs- oder Verknüpfungszusammenhängen zeigt sich letztlich als untauglicher Versuch, eine folgenbezogene Betrachtung des zu beurteilenden Vertrages zu umgehen¹⁾.

So wird die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht direkt über den aufgestellten Verknüpfungstatbestand erreicht, sondern nur dann ausgelöst, wenn auch alle anderen Beteiligten im Reaktionsverbund auf die vertraglich verbundenen Nachteile gleich ansprechen und das entsprechende Marktverhalten folgen lassen. Es erscheint zumindest theoretisch möglich, daß die betroffenen Unternehmen die zu erwartenden wirtschaftlichen Nachteile zu Gunsten eines aggressiven Marktkonzepts in Kauf nehmen. Die letztlich für die Kartellrechtswidrigkeit entscheidende Wettbewerbsbeeinträchtigung würde sich in einem derartigen Fall nicht einstellen.

1) vgl. auch Markert, der seinen Lösungsansatz offensichtlich herausarbeitete, um eine Sanktionierung der MIV mit der für ihn im damaligen Zeitpunkt fest zementierten Gegenstandstheorie zu erreichen.
vgl. Markert ZHR 134 (1970), 59 f.

Diese Sachverhaltskonstellation ist sicherlich hypothetisch, meist werden die Beteiligten die beschränkenden Marktwirkungen gerade bezwecken, zeigt aber auf, daß die Auffassung des BGH die gleiche Reaktion auf die Sanktionsandrohung bei allen Beteiligten voraussetzt. Genau dieses Verhalten kann aber im Sinne der Gegenstandstheorie nicht Inhalt des Vertrages sein, sondern stellt sich nur als konstatierte Folge der Vertragsbedingungen dar.¹⁾

Abgesehen davon dürfte es fast unmöglich sein, der schon oben angesprochenen Frage nach der Qualität der mit der Wettbewerbsbehandlung verknüpften wirtschaftlichen Nachteile näher zu kommen. Dafür geben die hier besprochenen Sachverhalte ein gutes Beispiel ab:

Bei einem MIV, welches von den Beteiligten als Kartellsurrogat konzipiert wurde, kommt der Meldepflicht ein unmittelbar meßbarer Nachteil nicht zu; mehr noch, ein solches Zweckkartell würde wohl auch ohne jegliche Nebenverpflichtungen die erwünschten Wirkungen entfalten. Demgegenüber können bei einer regional wirkenden Taxivereinigung, deren Mitgliedschaft für einen dort tätigen Unternehmer zur erfolgreichen Berufsausübung fast von Nöten sein kann, durchaus schwerwiegende wirtschaftliche Sanktionen mit der Vornahme der nicht erwünschten Wettbewerbsbehandlung verknüpft sein. Eine befriedigende Definition wird demnach kaum zu erreichen sein,²⁾ was wiederum die Frage aufwirft, ob das von der Gegenstandstheorie immer wieder angeführte Gebot der Rechtssicherheit dann noch gewährleistet ist³⁾.

- 1) Merle, Marktinformationsverfahren und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 89
- 2) Merle a.a.O., S. 52 bietet insofern den überzeugendsten Ansatz, indem er hinterfragen will, ob der durch die beabsichtigte Wettbewerbsbehandlung erwartete Vorteil gegenüber den durch die Vornahme ausgelösten Nachteilen überwiegt oder nicht.
- 3) Kroitzsch a.a.O., S. 942 spricht von nicht vorhersehbaren Auswirkungen, die der hier besprochene Leitsatz in der Praxis haben wird.

Des weiteren macht dieser Vergleich nochmals deutlich, wie sehr die Suche nach vertraglich mit dem Gebrauch der Wettbewerbsfreiheit verknüpften Nachteilen die Sicht auf das Kernproblem der bezweckten bzw. als Folge auftretenden Marktbeschränkungen verstellt. Dabei hätte sich hier im Ergebnis eine Argumentation angeboten, die der BGH im Rahmen der ZVN-Entscheidung vollzogen hat und die sich dadurch auszeichnete, daß von den Folgewirkungen ausgehend, weitere, auch außerhalb des Vertrages liegende Faktoren hinzugezogen wurden, um die marktregelnde Funktion der Vereinbarung nachzuweisen. Der Kartellsenat ist in den hier besprochenen Urteilen diesen Weg nicht gegangen, sondern hat sich dogmatisch wieder an die Gegenstandstheorie angelehnt. So kann die Spruchpraxis insgesamt nicht befriedigen, vielmehr muß vor allem die neuere Entscheidung als Rückschritt in der Kartellrechtsprechung bezeichnet werden.

4. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung entwickelte sich zunächst unabhängig von der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Diskussion, die sich mit der Konkretisierung dieses Begriffs befaßte. Vielmehr stellten die Gerichte jeweils im Einzelfall fest, ob die in Frage stehende Vereinbarung eine wettbewerbliche Beeinträchtigung enthielt oder nicht. Dabei ergaben sich in den Fällen Schwierigkeiten, in denen sich die Marktbeeinträchtigung mit der herkömmlichen Betrachtungsweise nicht als erwünschte Rechtsfolge des Vertrages zeigte.

Der BGH hat sich nicht gescheut, solche Kartellsurrogate dem Anwendungsbereich des Kartellverbots zu unterwerfen. Dieses an sich wettbewerbspolitisch wünschenswerte Ergebnis versuchte der Senat auch in neueren Entscheidungen allerdings unter Anwendung der Gegenstandstheorie zu erreichen. Das mit dieser Auffassung verbundene Verständnis des hier in Frage stehenden

Tatbestandsmerkmals machte es erforderlich, entweder den Rahmen wettbewerblichen Verhaltens über die klassischen Wettbewerbsparameter hinaus auszudehnen oder aber eine vertragliche Beschränkung nicht nur bei Ausschluß marktbezogenen Tätigwerdens anzunehmen.

Beide Ansätze können nicht befriedigen, da zu ihrer Begründung außerhalb des Vertrages liegende Umstände und Wirkungen herangezogen werden und sie sich somit als Umgehung einer folgenbezogenen Betrachtung darstellen. Ferner sind beide Lösungsversuche mit einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit belastet, was sie in deutlichen Widerspruch mit den durch die Gegenstandstheorie zu erreichenden Zielen setzt.

VI. Die Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse

Nach dem Wortlaut des § 1 GWB sind wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen Unternehmen nur dann unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen zu beeinflussen. Üben die verschiedenen Definitionsversuche bezüglich des Wettbewerbsbegriffes kaum einen Einfluß auf die Rechtsprechungspraxis aus, so prallten die divergierenden Wettbewerbskonzepte bei der Frage des Beeinflussungsgrades der Kartellabsprache auf die Marktverhältnisse nochmals aufeinander und verlangten eine Stellungnahme der Judikatur. Entsprechend wurden die verschiedenen Grundsatzentscheidungen vor allem des BGH zu der Frage der "Spürbarkeit" der Marktbeeinflussung und damit des Anwendungsbereiches des § 1 GWB auf Bagatellabreden von der Literatur in unterschiedlichster Weise interpretiert bzw. bewertet. An Bedeutung gewonnen hat dieser Problemkreis seit der Fertigbeton-Entscheidung des BGH¹⁾, die sicherlich von der bis dorthin geltenden Spruchpraxis abweicht und zu einer entscheidenden Verschiebung des kartellrechtlichen Sanktionsbereiches führen kann. Im folgenden soll diesem Fragenkomplex nachgegangen werden, wobei ein Hauptaugenmerk der Untersuchung darauf liegen wird, den aufgeworfenen Entwicklungsprozeß im Lichte der veränderten Rechtsprechung zu den anderen Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB zu analysieren. Zuvor sollen allerdings die weiteren, meist umstreitig vorliegenden Voraussetzungen des angesprochenen Tatbestandsmerkmals nachgezeichnet werden.

1) WuW/E BGH 1458 vom 14. 10. 1976

1. Ware oder gewerbliche Leistung - Beeinflussung der Erzeugung

Das Kartellverbot sanktioniert nach seinem Wortlaut nur Regelungen, die den Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen beschränken, worunter der Gesetzgeber im wesentlichen alle entgeltlichen Austauschgeschäfte von der Art eines Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- oder Lizenzvertrages erfassen wollte¹⁾. Da beide Begriffe im Rahmen des § 1 GWB im Ergebnis ohne Unterschied behandelt werden, erübrigt sich für die Praxis eine genauere Abgrenzung, ausgenommen sind nach der Regierungsbegründung nur Leistungen im Bereich der Arbeits- oder Dienstverhältnisse. Abreden zwischen Arbeitgebern über den Inhalt von Arbeitsverträgen sind somit unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten zulässig²⁾.

Für den Begriff der Ware ist vor allem der Zweck des Kartellverbots zu beachten, so daß auch andere Güter als bewegliche Sachen (vgl. § 1 II Nr. 1 HGB) erfaßt werden, wenn diese "den Gegenstand eines Marktes mit freiem Wettbewerb unter Anbietern und Nachfragern bilden können"³⁾. Offen blieb allein die Wareneigenschaft von Grundstücken und die Behandlung von Nutzungsrechten, deren Qualifizierung der BGH in der genannten Entscheidung unbeantwortet ließ, da er die Wettbewerbsfähigkeit der in Frage stehenden Abbaurechte verneinte⁴⁾. In Anlehnung an die obige

1) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. II/1158, nach Anl. I, S. 30

2) vgl. BKartA WuW/E 502 f. Gagenstopabkommen vom 6.8.1962 Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 336 Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 76

3) WuW/E BGH 605 ff, 609 Flußspat vom 1. 7. 1964

4) für die Wareneigenschaft von Grundstücken : LG Dortmund, WuW/E AG/LG 362 Kalksandstein vom 12.4.1973, wenn der Grundstückswert in der Eignung zum Abbau von Mineralien liegt; dagegen OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 1005 f Biesenkatte vom 8.7.1969, das Gericht wollte § 1 GWB insofern nur auf bewegliche Sachen erstrecken, diese Einschränkung wurde aber durch das Vorliegen einer gewerblichen Leistung wieder gemindert.

Definition qualifizierte das KG¹⁾ die Mitgliedschaft und Anteile an einem Geschäftsbetrieb als Ware im Sinne des § 1 GWB, da sich darin ein geschlossener, wirtschaftlicher Wert widerspiegelt, der im Geschäftsverkehr veräußert oder erworben werden kann.

Wie der Warenbegriff so wurde auch die gewerbliche Leistung im Sinne des Kartellverbots weit gefaßt. So hat das KG²⁾ darunter alle Leistungen verstanden, die im geschäftlichen Verkehr erbracht werden. Es entwickelte sich in der Folgezeit eine Spruchpraxis, die im Ergebnis sämtliche Sparten des Wirtschaftslebens umschloß und unter den Begriff der gewerblichen Leistung subsumierte³⁾.

Neben dem Waren- und Leistungsverkehr erfaßt § 1 GWB nach seinem Wortlaut auch die Beeinflussung der Erzeugung. Dabei wird einhellig davon ausgegangen, daß sich der Zusatz "für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" auch auf die Erzeugung bezieht, so daß eine Erzeugungsbeeinträchtigung nur bei Produktionen anzunehmen ist,

-
- 1) vgl. WuW/E OLG 1377 ff, 1380 Starkstromkabel vom 15.5.1973
 - 2) vgl. WuW/E OLG 322 f Vereidigte Buchprüfer vom 12.1.1960
 - 3) als Beispiele seien aufgeführt : die Vermietung von Messeständen - WuW/E BGH 1027, 1029 Sportartikelmesse II vom 3.3.1969; die Verpachtung von Gaststätten-WuW/E OLG (Düsseldorf) 888 f Gaststättenpacht vom 9.7.1968, vgl. hierzu auch WuW/E BGH 712, 714 Bierbezug vom 25.11.1965; die Entwicklung vom Dias-WuW/E BGH 981, 983 Farbumkehrfilm vom 5.12.1968; die Durchführung von Transporten und Umzügen-WuW/E OLG (Stuttgart) 2376 ff CRP-Umzüge vom 22.12.1980; weitere Nachweise siehe Immenga in I/M § 1 Rdnr. 334; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 75; Emmerich, ZHR 139 (1975) 476 ff, 503

die einen unmittelbaren Marktbezug aufweisen¹⁾. Dieser Auffassung ist sicherlich beizupflichten, da bei den Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung, eben der Erzeugungsbeeinflussung, nicht der bloße innerbetriebliche Erzeugungsvorgang, sondern dessen Folgen für den Marktprozeß entscheidend sind. Allerdings geht die Judikatur in den zitierten Entscheidungen über dieses Erfordernis hinaus und setzt für die kartellrechtliche Sanktionierung einer Erzeugungsbeschränkung voraus, daß sich diese auf dem Markt für das erzeugte Gut auszuwirken habe²⁾.

Dem kann allerdings nicht beigespflichtet werden, da schon der Wortlaut des § 1 GWB die Beeinflussung der Erzeugung eigenständig neben der Beeinträchtigung der Marktverhältnisse aufführt, so daß auch das Tangieren anderer Märkte, vor allem des Produktionsmittelmarktes, den kartellrechtlichen Tatbestand erfüllen kann³⁾.

1) vgl. WuW/E BGH 610; WuW/E KG 1219 ff, 1214 Ölfeldrohre vom 12. 11. 1971; Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 344; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 29; Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 90; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 70; a.A. Emmerich a.a.O., S. 497

2) Emmerich a.a.O., S. 503 f sieht diese Einschränkung durch die Linoleum-Entscheidung des KG (vgl. WuW/E OLG 1339 ff vom 28. 11. 1972) als aufgehoben an. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden, da der erkennende Senat die vereinbarte Produktionsbeschränkung ausdrücklich in Zusammenhang mit der "Vertiefung und Sicherung" der durchgeführten Marktordnung, bzw. Marktbeeinflussung bezüglich der produzierten Ware stellte a.a.O., S. 1345.

3) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 345; Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 90; Emmerich a.a.O. S. 503; a.A. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 29 m.w.N.

2. Markt - Marktverhältnisse

Sollen durch das Kartellverbot nur diejenigen Marktverhältnisse erfaßt werden, die durch eine Wettbewerbsbeschränkung beeinträchtigt werden, so folgt daraus, daß der für § 1 GWB relevante Markt wettbewerbsbezogen ist und sich seine Grenzen nach dem Verhältnis bestimmen, in welchem sich die in Frage stehenden Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb gegenüber stehen¹⁾. Deshalb wird es erforderlich, daß vor der Feststellung quantitativer bzw. qualitativer Beeinflussungsgrade die Ausdehnung des in Frage stehenden Marktsegments zu erfassen ist.

Die Praxis führt diese Abgrenzung regelmäßig unter Hinzuziehung räumlicher und gegenständlicher Kriterien durch, sie kommt so meist zu dem Ergebnis, daß für das Produkt der in Frage stehenden Kartellabrede ein teilweise sehr scharf eingegrenzter Markt im obigen Sinne vorgelegen hat.

Die räumliche Abgrenzung geht dabei von der Überlegung aus, daß gleiche bzw. vergleichbare Güter des öfteren nur auf begrenzten, regionalen Teilmärkten miteinander konkurrieren, so daß eine diesbezügliche Marktbeeinflussung nicht im gesamten Bundesgebiet registriert werden muß und kann²⁾. Vielmehr ist für die Festlegung des räumlich relevanten Marktes das Absatzgebiet der fraglichen Ware bzw. der Bereich entscheidend, in dem der Unternehmer seine gewerblichen Leistungen anbietet. Dies führte bei den homogenen Massengütern mit hohem Transportkostenanteil regelmäßig zu einer eng begrenzten Marktfestlegung. So qualifizierten die Gerichte Stadt-³⁾ oder Kreisgebiete⁴⁾ als eigenständige Marktbereiche für den Kohlenhandel oder beschränk-

1) vgl. Günther Relevanter Markt S. 17 f; Tillmanns-Schmidt S. 50 m.w.N.

2) vgl. Tillmanns-Schmidt S 69

3) vgl. WuW/E BGH 369 ff. Kohlenplatzhandel vom 14.1.1960; Vorinstanz : WuW/E OLG (Hamburg) 290 ff. vom 24.8.1959

4) vgl. WuW/E OLG (Stuttgart) 423 Kohlenpreisempfehlung vom 17.5.1961

ten den Baustoffmarkt wegen der Frachtintensität auf den nordwestdeutschen Raum¹⁾.

Gleiche Überlegungen gelten bei der Marktabgrenzung für gewerbliche Leistungen, so daß beispielsweise das Einzugsgebiet einer Fahrschule²⁾ bzw. eines Taxiunternehmens³⁾ genauso als eigenständiger Markt qualifiziert wurde, wie dies regelmäßig bei Bauausschreibungen bezüglich des konkret anstehenden Objektes erfolgte⁴⁾.

Die gegenständliche Abgrenzung⁵⁾, durch die die Feststellung ermöglicht werden soll, welche Güter und Leistungen miteinander konkurrieren, wird in ständiger Rechtsprechung mit dem Kriterium der Austauschbarkeit vollzogen. Dabei wird die Substitutsbeziehung von der Vorstellung der Marktgegenseite her festgelegt, so daß eine Gleichartigkeit bzw. Gleichwertigkeit dann gegeben ist, wenn dieser die in Frage stehenden Produkte "als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht"⁶⁾. Entscheidend ist demnach die subjektive Betrachtungsweise des Käufers, so daß eine Austauschbarkeit verneint werden muß, wenn der Interessent für seinen festliegenden Verwendungszweck nicht

1) vgl. WuW/E BGH 726 Klinker vom 27.1.1966;
Vorinstanz : WuW/E KG 709 vom 16.10.1964

2) vgl. WuW/E OLG (Stuttgart) 1083 ff. 1088 Fahrschulverkauf vom 20.2.1970

3) vgl. WuW/E OLG (Stuttgart) 1410 ff. Doppelmitgliedschaft Taxizentrale vom 3.8.1973; WuW/E OLG (Frankfurt) 2771 Taxi-Funk-Zentrale Kassel vom 20.9.1982;
WuW/E BGH 1707 Taxi-Besitzervereinigung vom 22.4.1980

4) vgl. WuW/E OLG (Celle) 439 f Malermeister vom 22.12.1961;
WuW/E OLG (Celle) 522 ff. Bahnhofsbau vom 23.5.1962;
WuW/E OLG (Stuttgart) 699 ff. vom 23.7.1964

5) vgl. dazu ausführlich Tillmanns-Schmidt S. 54 ff.

6) WuW/E OLG (KG) 996 Handpreisauszeichner vom 18.2.1969

ohne weiteres auf ein anderes Produkt verwiesen werden kann¹⁾. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze entwickelte sich eine Jurisdiktion, die dem fraglichen Gut in Zweifelsfällen ein sehr kleines Marktsegment zuwies²⁾.

Allerdings liegt gem. § 1 GWB eine Kartellrechtswidrigkeit nur dann vor, wenn in die Verhältnisse des mit den obigen Kriterien abgegrenzten Marktes eingegriffen wird. Nach einmütiger Auffassung³⁾ ist unter dem Begriff der Marktverhältnisse "die Summe aller Eigenschaften (zu verstehen), die einem bestimmten Markt das besondere Gepräge gibt"⁴⁾. Daraus folgt, daß letztlich jeder Faktor, der

1) vgl. WuW/E BGH 729

2) aus der Fülle der Entscheidungen seien exemplarisch aufgeführt :
marktgleichgewichtige Waren :
Eiskonfekt und andere Süßwaren WuW/E BGH 1226 ff. 1230
Eiskonfekt vom 31.5.1972; Reifen aus deutscher bzw. ausländischer Produktion-WuW/E OLG (KG) 461 ff. 463
Reifen vom 20.3.19
Fehlende Austauschbarkeit und daraus folgende enge Marktabgrenzung :
Klinker zu Beton und Kalksandstein-WuW/E OLG 709 ff;
WuW/E BGH 726 ff.; Kaffeefiltertüten aus Papier im Vergleich zu Stofftüten-WuW/E BGH 990 f
Papierfiltertüten II vom 27.2.1969; alkoholische Getränke zu nicht alkoholischen-WuW/E OLG 411 ff. 415
Bierpreisempfehlung vom 19.5.1964; weitere Nachweise vgl. Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 93; Emmerich a.a.O.S. 505 f.

3) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 346ff;
Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 94; Westrick/Loewenheim § 1 Rdnr. 72 jeweils m.w.N.

4) WuW/E BGH 451; Günther, Relevanter Markt S. 18

sich irgendwie auf den Marktprozeß auswirkt, erfaßt werden soll. In der Rechtssprechungspraxis hat es noch keine Entscheidung gegeben, die dieser weitläufigen Interpretation Grenzen setzte¹⁾.

3. Der Grad der Beeinflussung

Seit Erlaß des GWB blieb umstritten, ob die Beeinflussung der Marktverhältnisse einen gewissen Intensitätsgrad erreichen oder auch kaum spürbare Auswirkungen von § 1 GWB erfaßt werden sollen. Dabei nahm auch die Rechtsprechung keine klare Position ein, sondern trug durch widersprüchliche Entscheidungen zur Verwirrung bei. Erreicht wurde dadurch, daß sich die verschiedenen Auffassungen in der Literatur - je nach Standpunkt - auf das eine oder andere, entgegengesetzte Urteil berufen konnten. Es sollen deshalb die wichtigsten Eckentscheidungen kurz referiert werden :

a. Stellung der Rechtsprechung

Nachdem sich der BGH in der Gasglühkörper-Entscheidung wegen des bedeutenden Marktanteils der Beteiligten nicht zu der Spürbarkeitsproblematik zu äußern brauchte²⁾, waren es die Kohlenplatzhandel-Urteile³⁾, die eine erste Richtschnur zogen. Das AG Hamburg verneinte in der Vorinstanz eine Beeinflussung der Marktverhältnisse, da nur 11 % der Händler mit 5 % des Gesamtumsatzes auf dem relevanten Markt der zu beurteilenden Preisempfehlung gefolgt sind.

1) neben den wichtigsten Marktfaktoren sind zu nennen : Werbemaßnahmen - WuW/E BGH 451 ff. 455 Export ohne WBS vom 26.10.1961; bezüglich der Marktinformationsverfahren vgl. S. 127 ff

2) WuW/E OLG (Hamburg) 290 ff. vom 24.8.1959; WuW/E BGH 369 ff. vom 14.1.1960

Der BGH widersprach dieser Aussage nicht, sondern folgte der Auffassung des OLG, da die Absprache "nicht die Kraft hatte, den Hamburger Kohlenmarkt zu beeinflussen"¹⁾. Das Gericht begründete seinen Standpunkt mit der Feststellung, daß es dem Kunden ohne Schwierigkeiten möglich war, seine Nachfrage bei anderen Anbietern zu decken.

Aus dieser Entscheidung konnte gefolgert werden, daß die Marktbeeinflussung eine gewisse Spürbarkeit erreichen muß und dieser Intensitätsgrad jedenfalls noch nicht bei Absprachen erreicht wird, die 5 % des relevanten Marktes binden. Entsprechend wurde das Urteil als Bestätigung des Bagatellgedankens gewertet²⁾.

Dem widersprach aber die Spar-Entscheidung des BGH vom 7.6.1962³⁾, die die zukünftige Interpretation des hier in Frage stehenden Tatbestandsmerkmals für lange Zeit festlegte. "Aus dem Begriff 'Marktverhältnisse' (läßt sich) nicht folgern, daß der Einfluß des zu beurteilenden Vertrages auf diese Verhältnisse einen bestimmten Mindestumfang überschreiten müsse"⁴⁾. Einzig erforderlich sei, daß eine nur theoretisch vorstellbare Eignung ausgeschlossen wird, so daß im Ergebnis jede nach allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen spürbare Einwirkung zu einer Kartellrechtswidrigkeit der Absprache führt. In concreto bedeuteten diese Ausführungen, daß die Marktabgrenzung, die zwei von 400 Lebensmittelgroßhändler in Berlin vollzogen, nach Auffassung des Gerichts einen Markteinfluß ausübten.

Es wurde schon früh beklagt⁵⁾, daß diese Entscheidung in

1) a.a.O.S. 373

2) Benisch in der Urteilsanmerkung a.a.O.S. 374; Sandrock WuW 69, S. 205 ff., 209

3) WuW/E BGH 486 ff.

4) a.a.O.S. 49

5) vgl. Sandrock WuW 69, S. 205 ff., 209

sich widersprüchlich ist, denn wenn einerseits ein gewisser Mindestumfang der Beeinflussung nicht nötig ist, andererseits eine theoretisch vorstellbare Eignung nicht genügt, so kann die vom BGH gewünschte Schnittstelle kaum festgelegt werden. Denn die geforderte, nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung beinhaltet natürlich auch einen Mindestumfang an Marktbeeinflussung.

Was eine nur theoretisch vorstellbare Eignung letztlich auszeichnen soll, erläuterte der BGH dann in der Klinker-Entscheidung¹⁾, die den aufgezeigten Widerspruch allerdings nicht lösen konnte, sondern eher verstärkte. So will das Gericht von einem theoretischen Einfluß im Einklang mit der Kohlenplatzhandel-Entscheidung nur sprechen, wenn der Abnehmer ohne Schwierigkeiten auf ein gleichgeartetes Warenangebot ausweichen kann²⁾. Im Gegensatz zur letztgenannten Entscheidung wandte sich der Senat aber strikt gegen die Anwendung der "5% Klausel", ohne die Divergenz der unterschiedlichen Urteilsbegründungen aufzuklären oder eine nähere Eingrenzung vorzunehmen.

Es kann demnach nur aus der Sachverhaltskonstellation, die der Sparentscheidung zugrunde lag³⁾, geschlossen werden, daß der BGH eine Anwendung des § 1 GWB nur bei völligem Ausschluß jeglicher Beeinflussung aus-

1) vgl. WuW/E BGH 726 ff.

2) a.a.O.S. 731

3) geht man von einem gleichen Marktanteil aller 400 Händler aus, so waren durch die Absprache nur 0,5 % des relevanten Marktes beeinflusst

scheiden wollte¹⁻²⁾.

Damit verwarf das Gericht diejenigen Auffassungen, die eine Kartellrechtswidrigkeit nur bei Absprachen unter Oligopolisten annehmen oder einen Bagatellfreiraum statuieren wollten.

In der Folgezeit wurden die Ausführungen des BGH im Spar-Urteil meist wörtlich in weiteren Entscheidungen auch der Oberlandesgerichte, übernommen, so daß dem Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung im Grunde keine eigenständige Funktion zukam, da jede konstatierte Wettbewerbsbeschränkung letztlich auch zu einem wie oben definierten Markteinfluß führte³⁾.

Eine Wende dieser eingefahrenen Spruchpraxis könnte allerdings durch die Fertigbeton-Entscheidung des BGH erfolgen⁴⁾. Der Kartellsenat möchte einen spürbaren Markt-

-
- 1) so nochmals deutlich das KG(WuW/E OLG 723)"Die Vorschrift des § 1 GWB soll jede Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs unterbinden, die sich praktisch irgendwie auswirken kann"
 - 2) dem BGH folgend auch das BKartA, daß die Spürbarkeit als fühlbar und praktisch auswirkend im Sinne eines Gegensatzes zu einer lediglich gedanklichen Vorstellbarkeit auslegte (vgl. WuW/E BKartA 940 vom 2.7.1965)
 - 3) vgl. WuW/E BGH 519 ff., 522 Kino vom 6.12.1962; WuW/E BGH 605 ff., 608 Flußspat vom 1.7.1964; WuW/E BGH 1901 ff., Transportbeton-Vertrieb II vom 1.12.1981; WuW/E OLG (KG) 1253 ff., 1258 Tubenhersteller II vom 24.3.1972; WuW/E OLG (KG) 1327 ff., 1331 Aluminium-Halbzeug vom 3.11.1972
 - 4) vgl. WuW/E BGH 1458 ff., Fertigbeton vom 14.10.1976; zum Sachverhalt und zur Problematik des gemeinsamen Zwecks vgl. S.62 f

einfluß nach diesem Urteil dann als nicht gegeben ansehen, "wenn die Außenwirkungen eines Kartells praktisch nicht ins Gewicht fallen", vielmehr sei notwendig, daß die Abrede geeignet ist "tatsächlich in den Marktablauf einzugreifen" was dann der Fall sei, wenn "die zur Verfügung stehenden Alternativen der Marktteiligten merklich beeinträchtigt werden"¹⁾. Eine solche Beeinträchtigung wird nach Auffassung des Gerichts vor allem dann nicht gegeben sein, wenn "sich eine größere Zahl von Marktteilnehmern auf beiden Marktseiten betätigen und die Vertragsbeteiligten selbst nur einen geringen Marktanteil erreichen", womit sich der BGH einer Umschreibung polypolitischer Marktstrukturen in starkem Maße annäherte. Jedenfalls rückte das Gericht sehr deutlich von einer Spürbarkeit verstanden als Gegensatz zu einem nur gedanklich vorstellbarem Einfluß ab²⁾.

Wie schon so oft in der Kartellrechtsprechung, so wurde auch dieser Sinneswandel des BGH nicht näher begründet, sondern in Folgeentscheidungen unter Hinweis auf die Ausführungen zu Fertigbeton bestätigt³⁾.

Die Entscheidungen des BGH blieben nicht ohne Resonanz⁴⁾. Für die Praxis entscheidend stellte sich vor

1) a.a.O.S. 1462

2) allerdings sind die einschränkenden Ausführungen des BGH in WuW/E BGH 1732 ff., Fertigbeton II vom 24.6.1980 zu beachten; vgl. S.120 ff

3) vgl. WuW/E BGH 1709 f Sortimentsabgrenzung vom 22.4.1980; WuW/E BGH 1888 ff., 1900 Holzpaneele vom 3.11.1981

4) vgl. vor allem Holtschneider, WuW 80, 99 ff.; Steindorff, BB 77, 569 ff., und Zindel WuW 78, 411 ff.

allem die Bekanntgabe des BKartA vom 8.7.1980 dar¹⁾, in welcher die Behörde über die Freistellungsmöglichkeit des § 5 b GWB hinaus im Rahmen seines Ermessens (§§ 37 a GWB, 47 OWiG) Kartellverstöße dann nicht verfolgen will, wenn diese mit einer leistungssteigernden Zusammenarbeit kleiner und mittlerer Betriebe mit einem Marktanteil von insgesamt nicht mehr als 5 % verbunden sind. Auch dieser Umschwung muß zunächst erstaunen, widerspricht er doch beispielsweise den Lösungsmöglichkeiten, die Kartte²⁾ noch vor Erlaß des jetzigen § 5 b GWB auflistete. Dort sollte eine Freistellung für positiv begründbare Kooperationskartelle durch einen erweiterten § 5 a GWB³⁾ unter Beibehaltung der engen Spürbarkeitsgrenzen ermöglicht werden, oder versucht werden, unter Verzicht auf legislatorische Maßnahmen den Marktbeeinflussungsgrad höher einzustufen bzw. das der Kartellbehörde zustehende Ermessen entsprechend auszuüben. Warum ausgerechnet nach Verabschiedung des § 5 b GWB durch die Zweite GWB-Novelle von 1973 die damit eigentlich beendete Diskussion über einen Bagatellbereich durch Entscheidungen der Rechtsprechung und der Kartellamtspraxis wieder aufflammte, soll in dem folgenden Kapitel untersucht werden.

-
- 1) abgedruckt in WuW 80, 648 f, vgl. außerdem den Tätigkeitsbericht 1977
 - 2) vgl. Kartte, Das neue Leitbild S. 60 f, angesprochen sind hier die Vorschläge Nr. 3 und 4
 - 3) entspricht dem heutigen § 5 b GWB

b. Analyse und Kritik

aa. Das neoliberale Wettbewerbsmodell

Die Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Marktbeeinflussung wurde seit Bestehen des GWB hauptsächlich durch verschiedene, wettbewerbspolitische Konzepte geprägt, auch deshalb, weil der Wortlaut des § 1 GWB zu keiner entscheidenden Klärung beitragen kann. Unter einer spürbaren Beeinflussung kann nämlich eine eben noch wahrnehmbare als auch eine merkliche Einwirkung verstanden werden, womit die gesamte, hier in Streit stehende Skala abgedeckt wird¹⁾.

Es wurde schon bei der Definition des Wettbewerbsbegriffes dargelegt²⁾, daß sich der Gesetzgeber bei der Konzeption des GWB an das Wettbewerbsmodell der neoliberalen Schule anlehnte³⁾. Jeder Unternehmer, machtlos in einen polypolistisch strukturierten Markt eingebettet und vollständiger Konkurrenz möglichst gleichstarker Anbieter und Nachfrager ausgesetzt, nimmt die für ihn relevanten Marktdaten als Faktoren hin, die sich unabhängig von seinem Verhalten durch Gesamtangebot und Gesamtnachfrage entwickeln. Zwar war den Vertretern dieser Wettbewerbskonzeption bekannt, daß eine solche im Idealfall vollständige Konkurrenz den wirtschaftlichen Realitäten nicht entsprach; mit dem Kartellverbot sollte aber versucht werden, für möglichst viele Wettbewerber auf dem jeweiligen

1) vgl. Tillmanns-Schmidt S. 77 ff.

2) vgl. S. 111

3) vgl. dazu Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie; Miksch, Wettbewerb als Aufgabe

Markt zu sorgen, um eine Einflußnahme der Unternehmer vor allem auf die Preisgestaltung zu verhindern¹⁾. Entsprechend mußte § 1 GWB die Aufgabe erfüllen, jegliche marktbezogenen Absprachen zu verhindern, so daß sich Vorschläge einer Begrenzung des Kartellverbots auf wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen in der Entstehungsphase des GWB nicht durchsetzen konnten²⁾.

Im Ergebnis folgte daraus, daß dem Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung vor allem in Zusammenhang mit der im Anfangsstadium des GWB herrschenden Gegenstandstheorie sowie dem engen Betrachtungswinkel zur Auslegung des gemeinsamen Zwecks keine eigenständige Funktion zukam. Betrachtet man nämlich eine Wettbewerbsbeschränkung dann als gegeben an, wenn die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Betroffenen eingeschränkt ist (formale Wettbewerbsbeschränkung), so führt diese Eingrenzung letztlich immer zu einer, wenn auch noch so kleinen Auswirkung auf die Marktverhältnisse. Jede formale Wettbewerbsbeeinträchtigung unterfällt demnach § 1 GWB, der Anwendungsbereich des Kartellverbots erfährt so seine größtmögliche Ausdehnung³⁾.

Die Rechtsprechungspraxis übernahm seit der schon dargestellten Spar-Entscheidung im wesentlichen dieses Interpretationskonzept. Allerdings wurde das Ziel einer lückenlosen Erfassung sämtlicher Kartellabsprachen bekanntlich nicht erreicht. Die meist auf zivilrechtlichen Grundlagen basierenden Auslegungsgrundsätze zu § 1 GWB verhinderten erfolgreich eine weiträumige Anwendung des Kartellverbots, so daß die Fälle, die bei dieser Filterung

1) vgl. ausführlich Kartte a.a.O.S. 39

2) vgl. Benkendorff WRP 62, 146 ff., 149; Holtschneider WuW 80, 99 ff.

3) vgl. so vor allem Benkendorff a.a.O.S. 148

noch ausfielen, in Form klassischer Kartelle oder Kartellsurrogate nicht auch noch durch eine quantitative Beeinflussungssperre ausscheiden sollten. So wurde die Diskussion über Spürbarkeitserfordernisse weitab von jeglichen Wettbewerbskonzepten auch von der Auseinandersetzung überlagert, einerseits eine lückenlose Erfassung sämtlicher Kartelle zu erreichen, andererseits durch eine schärfere Spürbarkeitsformel einen noch größeren Freiraum für die Betroffenen zu erzielen. Die schon früh einsetzende, teils aggressiv geführte Auseinandersetzung über die Zulassung eines sanktionslosen Kooperationsbereiches bietet dafür einen guten Beleg¹⁾. Hier war es vor allem das BMWi, das, beeinflusst von der neuen Leitbilddiskussion, 1968 mit der Einführung des § 1 a GWB einen Bagatellbereich schaffen wollte, um leistungssteigende, erwünschte Kooperationsvorhaben nicht durch das eng ausgelegte Kartellverbot zu behindern.²⁾

bb. Der funktionsfähige Wettbewerb und die Freistellungsmöglichkeit durch § 5 b GWB

Die Umkehr, die das BMWi von der bis dahin geltenden Praxis vollzog, beruhte im wesentlichen auf einem neuen Verständnis, das sich mit der Frage verband, wann ein wirksamer Wettbewerb überhaupt vorliegt, bzw. unter welchen Voraussetzungen dieser beschränkt wird. Vor al-

1) vgl. Benisch Kooperationsfibel 3. Aufl. S. 353 ff.; Hoppmann DB 70, 93 ff., 97

2) vgl. Entwurf, abgedruckt bei Kartte a.a.O.S. 101 ff., 110

lem die Untersuchung von Kantzenbach¹⁾ trug zu einer Neubelebung der wettbewerbspolitischen Diskussion mit seiner Behauptung bei, eine optimale Wettbewerbsfunktion werde in der Marktform des weiten Oligopols erreicht²⁾.

Dem zu Grunde lag eine Abkehr von den gesellschaftspolitischen Wettbewerbsfunktionen zu Gunsten der Betonung ökonomischer Zielsetzungen. So wird mit der Gewährleistung eines konstant geschützten Freiheitsbereiches der einzelnen Unternehmer eine erwünschte und jedem Wettbewerb immanente Dynamisierung ausgeschlossen, die sich durch Marktungleichgewichtigkeiten in Form von Vorstoß und Nachahmungsphasen auszeichnet³⁾. Es wurde von Kantzenbach nachgewiesen⁴⁾, daß eine optimale Wettbewerbsintensität in der Marktform des weiten Oligopols mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz zu erreichen ist, weil bei dieser Marktform die Veränderung unternehmerischer Aktionsparameter am schnellsten eine Reaktion der Mitkonkurrenten auslöst⁵⁾.

Seine Untersuchung mündet in die Forderung, eine künftige Wirtschaftspolitik müsse sich zum Ziel setzen, diese Marktform zu erreichen, indem der Staat auf polypolistischen Märkten den Zusammenschluß von Klein- und Mittelbetrieben fördert.

1) Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs

2) vgl. dazu ausführlich Kartte a.a.O.S. 34 ff.

3) vgl. Baier ZHR 134 (1970) S. 97 ff., 105

4) a.a.O.S. 49, 139

5) vgl. auch Sandrock, Grundbegriffe S. 91 ff., 212

Es bildeten sich im wesentlichen zwei legislatorische Vorschläge aus, diesem Ziel näher zu kommen. Diese sahen vor, entweder nur unwesentliche Marktbeeinflussungen generell dem Verdikt des Kartellverbots zu entziehen oder für positiv begründbare Kooperationen eine Ausnahmevorschrift zu stauieren. Bekanntlich setzte sich die zweite Auffassung mit Erlaß des § 5 b GWB in der 2. GWB Novelle vom 5.8.1973 durch, vor allem deshalb, weil man sich erhoffte eine Selektion derjenigen Bagatellkartelle zu erreichen, von denen keine positiven Wettbewerbsimpulse ausgehen¹⁾. Demgemäß unterliegt ein Vertrag neben den weiteren Anforderungen des § 5 b GWB dann nicht dem Kartellverbot, wenn dadurch "der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird".

Diese völlig auf § 1 GWB abgestimmte Formulierung mußte sich natürlich auch auf den Spürbarkeitsgrad der Marktbeeinflussung auswirken. Wird dieses Tatbestandsmerkmal als Instrument zur Messung vor allem eines quantitativen Pegels der Beeinflussung verwendet, so folgt aus dem Erlaß des § 5 b GWB jedenfalls unstreitig, daß die obere Skala bis zum Erreichen einer "nicht wesentlichen Beeinflussung" von dieser Freistellungsvorschrift abgedeckt wird. Für einen Bagatellbereich bleibt demnach bei § 1 GWB kein Platz²⁾, da diese Grundsatzvorschrift mit der Verschiebung der Kooperationsproblematik in das Legalisierungsverfahren erhalten bleiben

1) vgl. dazu ausführlich Kartte a.a.O.S. 50 ff.

2) vgl. Immenga in I/M § 1 Rdnr. 366 m.w.N.; Holtschneider a.a.O.S. 105;
a.A.: Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 67 m.w.N.

sollte. Vielmehr könnte man eher auf das Gegenteil schließen. Entscheidet sich die Zulassung einer leistungsfördernden Absprache schon an der Umschlagstelle "wesentlich / nicht wesentlich", bleibt für einen eigenständigen Prüfungsbereich des Beeinflussungsgrades in § 1 GWB kein praktisch definierbarer Freiraum, da die beiden Grenzlinien "nicht spürbar" und "unwesentlich" sehr eng beieinander liegen¹⁾. Die Funktion des hier diskutierten Tatbestandsmerkmals würde sich nur auf den Ausschluß derjenigen Verträge erstrecken, deren Wettbewerbsbeschränkungen eine nur theoretische Eignung zur Marktbeeinflussung innewohnen. Auf die Entscheidungspraxis des BGH bezogen müßten demnach die in der Sparentscheidung dargelegten Richtlinien fortgeführt werden.

Im Hinblick auf diese Entstehungsgeschichte war der in dem Fertigbeton-Urteil vollzogene Kurswechsel allerdings unverständlich und zog entsprechende Kritik nach sich²⁾.

-
- 1) auf diesen Aspekt weist Holtschneider a.a.O., S. 106 f hin
2) Holtschneider a.a.O., S. 103, 107; Emmerich Jus 77, 621;
a.A. Zindel, WuW 78, 411 ff

Mit dieser Entscheidung drohte die gesamte vom Gesetzgeber zu Grunde gelegte Systematik durchbrochen zu werden, indem durch die Annäherung an eine Bagatellklausel kleinere und mittlere Unternehmen schon von § 1 GWB ausgenommen werden, so daß der hauptsächlich für diese Betriebe konzipierte § 5 b GWB leerlaufen würde. Allerdings berücksichtigt diese Meinung nicht den weiteren Zusammenhang der Urteilsgründe und stützt ihre Argumentation hauptsächlich auf eine von Anfang an unglücklich konzipierte Novellierung, die im Zusammenhang mit der neuen Rechtsprechung zu Widersprüchen führen mußte.

Auffällig ist zunächst, daß die Verschärfung des Beeinflussungsgrades im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen erfolgte, die in Austauschvereinbarungen getroffen wurden. Ob Produktions-¹⁾ bzw. Sortimentsabsprachen²⁾ oder die Regelung eines Unternehmensverkaufs³⁾ - alle genannten Urteile des BGH zeichneten sich durch Vertragsgestaltungen aus, die die Wettbewerbsbeeinträchtigungen als (Neben-) Folgen in ein synallagmatisches Vertragsverhältnis eingebettet hatten. Fraglich bleibt, ob diese untypischen Kartellabreden nicht ein breiterer kartellrechtlicher Freiraum einzuräumen ist, der durch eine Verschärfung der Spürbarkeitsgrenze geschaffen werden könnte, um so eine Überdehnung des § 1 GWB zu verhindern⁴⁾. Der Vergleich mit § 5 b GWB bietet sich insofern an, denn wenn eine reine Kartellabsprache zwecks Kooperationserleichterung bis

1) so WuW/E BGH 1458 ff.

2) so WuW/E BGH 1709 ff.

3) so WuW/E BGH 1899 ff.

4) so vorsichtig Steindorff BB 77, 569 ff. 571; ihm folgend Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 364

zu einer unwesentlichen Beeinträchtigung freigestellt werden kann, so sollte ein solcher Spielraum erst Recht für Vereinbarungen ermöglicht werden, die neben einem oft billigen Hauptzweck eine Wettbewerbsbeeinträchtigung als Nebenfolge beinhalten.

Eine solche, auf qualitative Erwägungen abstellende bzw. die wirtschaftliche Vernünftigkeit berücksichtigende Interpretation würde sich allerdings verbieten, wenn mit § 1 GWB sowie mit § 5 b GWB nur nach reinen, auf quantitativen Marktergebnissen abstellende Marktbeeinflussungsgraden gesucht wird. Ein Systemzusammenhang dieser beiden Vorschriften setzt voraus, daß beide Normen den hier in Frage stehenden Tatbestandsmerkmalen den gleichen Funktionswert einräumen, denn nur dann kann der Rekurs auf § 5 b GWB bei der Interpretation der Marktbeeinflussung in § 1 GWB zu aussagekräftigen Ergebnissen führen.

Holtschneider¹⁾ sieht eine solche Verzahnung offensichtlich als gegeben an. Betrachtet man bei beiden Normen die Beeinflussungsfrage nur als ein quantitatives Bewertungsproblem, so muß, um eine Freistellung überhaupt zu rechtfertigen, den weiteren Tatbestandsmerkmalen in § 5 b GWB entscheidendes Gewicht zukommen. Diese Filterwirkung wird nach Auffassung von Holtschneider durch die Voraussetzung erfüllt, daß der Vertrag dazu dienen muß, die Leistungsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen durch Rationalisierung zu fördern, so daß mit der Einführung des § 5 b GWB eine rechtlich bedenkenfreie und praktikable Lösung des Bagatelproblems gelungen wäre.

1) a.a.O.S. 102

Diese Auffassung entpuppt sich allerdings bei näherer Betrachtung als Wunschdenken. Es wurde schon früh festgestellt¹⁾, daß die genannten Kriterien an ein förderungswürdiges Kooperationsvorhaben fast durchgängig nachweisbar und erfüllbar sind.

So wird durch den Begriff der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge im wesentlichen nur der Ausschluß reiner Marktabspraken beabsichtigt, ein angemessenes Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung wird nicht vorausgesetzt²⁾.

Genauso leicht wird der Nachweis einer Förderung der Leistungsfähigkeit gelingen, da auch mit diesem Tatbestandsmerkmal nur Verhaltensweisen ausgesondert werden sollen, die auf die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs gerichtet sind³⁾. Auf strengere Anforderungen an den Leistungserfolg wurde auch hier verzichtet, da für die Vereinbarung einer nicht wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung auch ein kleiner, erzielbarer Vorteil genügen sollte.

Letztendlich führt auch die Eingrenzung der Normadressaten durch den Ausschluß großer Unternehmen zu keinem wesentlichen Zutrittserschwerenis. Ohne auf die Streitfrage einzugehen, welche Maßstäbe an den äußerst dehnbaren Begriff "kleinere oder mittlere Unternehmen" anzulegen ist⁴⁾, bleibt im Ergebnis jedenfalls festzustellen, daß auch bei Anlegen einer Umsatzgrenze von 50 Mill.DM für Großunternehmen⁵⁾ der weitaus überwiegende Teil der Un-

1) vgl. Teichmann WuW 74, 449 ff.

2) Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 4

3) Immenga in Immenga/Mestmäcker I 5 b Rdnr. 25

4) vgl. dazu Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 15 ff.; jeweils m.w.N.

5) es handelt sich bei dieser Summe wohl um die anerkannte Mindestgrenze, die teilweise auf bis zu 500 Mill. DM ausgedehnt wird, vgl. Immenga in Immenga/mestmäcker § 5 b Rdnr. 73

ternehmungen eine Kooperationserleichterung gem § 5 b GWB eingehen kann¹⁾.

Auf Grund der mangelnden Selektionswirkung der aufgeführten Tatbestandsmerkmale und der daraus folgenden, nahezu unbegrenzten Freistellungsmöglichkeit für Kartelle, mußte der Wettbewerbsklausel eine zentrale Bedeutung zukommen²⁾. Zieht man zunächst den Wortlaut heran, so scheint dieser nahtlos an die quantitativen Kriterien des Kartellverbots anzuknüpfen, denn eine nicht wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs deutet nur auf die Ausweitung des in § 1 GWB geregelten Beeinflussungsgrades hin. Allerdings ist schon aufgrund des Gesetzgebungsverfahrens anerkannt, daß der Normzweck des § 5 b GWB sich eben nicht nur in der Freistellung eines Bagatellbereichs zu erschöpfen habe, sondern vor allem auch die Förderung leistungssteigerender Zusammenarbeit mittelständischer Unternehmen ermöglichen sollte, um so zu einer Wettbewerbsoptimierung beitragen zu können³⁾. Daraus folgt, daß § 5 b GWB weit über den zunächst durch § 1 GWB konzipierten Freistellungsbereich hinausgeht, der nur durch eine Verschiebung des quantitativen Beeinflussungsgrades erzielt werden sollte. Denn mit der Förderung nur leistungssteigerender Kooperationen enthält § 5 b GWB ein qualitatives Element, welches zu völlig divergierenden Ergebnissen führen kann. So sind zum einen durchaus wettbewerbsoptimierende Kartellabsprachen vorstellbar, die sich durch einen weit über den Bagatellbereich liegenden Markteinfluß auszeichnen, wie andererseits nicht förderungswürdige, klassische Kartellabsprachen vorliegen können, die nur über einen geringfügigen Beeinflussungsgrad verfügen⁴⁾.

1) vgl. Teichmann a.a.O.S. 450

2) vgl. Teichmann a.a.O.S. 451; Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 46; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 23

3) Immenga in Immenga/Mestmäcker § 5 b Rdnr. 10; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 1

4) vgl. auch Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 1

Hier kommt der Wettbewerbsklausel die Funktion zu, die Wettbewerbsminderung in Bezug zur erwarteten Leistungssteigerung der betroffenen Unternehmungen zu setzen, womit eine wesentliche Abweichung zu § 1 GWB aufgezeigt ist.

Während im Rahmen des Kartellverbots der Beeinflussungsfrage nur ein quantitatives Element innewohnen soll, kommt der gesetzestechnisch auf § 1 GWB abgestimmten Freistellungsvorschrift das § 5 b GWB im Rahmen der Wettbewerbsklausel die Aufgabe zu, gesamtwirtschaftliche Aspekte mit zu berücksichtigen.

Praktikable Methoden, eine konkrete Bestimmung der Wettbewerbsbeeinträchtigung in § 5 b GWB zu ermöglichen, sind allerdings nicht zu erkennen¹⁾. Zwar soll nach allgemeiner Auffassung²⁾ eine abwägende Gesamtschau aller für die Funktionsfähigkeit des Marktes relevanten Faktoren erfolgen, wobei allerdings unbeantwortet bleibt, wie eine Belebung oder Erlahmung des Wettbewerbs letztendlich konstatiert werden soll. Die Kartellamtspraxis³⁾ hat deshalb schon früh einer reinen Marktanteilsbetrachtung den Vorzug gegeben und teilweise sehr großzügig ohne Beachtung der Marktstruktur bzw. der Anzahl der beteiligten Unternehmungen Freistellungen ermöglicht⁴⁾. § 5 b GWB kommt bei dieser Handhabung dem ursprünglich konzipierten § 1 a GWB gleich und führt zur Ausgestaltung eines Bagatellfreiraumes, den das BKartA bei einem Marktanteil bis zu 15 % noch für gegeben ansieht.

1) vgl. dazu Teichmann a.a.O.S. 453 ff.

2) vgl. Immenga in Immenga/Mestmäcker § 5 b Rdnr. 64; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 25; Westrick/Loewenheim § 5 Rdnr. 17

3) vgl. einen Überblick bei Langen/Niederleithinger/Schmidt § 5 b Rdnr. 26

4) vgl. dazu kritisch Rittner WirtschaftsR § 19 C IV 3; Westrick/Loewenheim § 5 b Rdnr. 18

Demgegenüber scheint die Rechtsprechung, legt man die zwei bisher dazu ergangenen Beschlüsse zu Grunde, neben der quantitativen Beeinflussung auch qualitative Erwägungen in ihren Entscheidungen mit einfließen zu lassen.

So bleibt in dem Beschluß des OLG Stuttgart¹⁾ offen, ob die hier schon genannte Marktanteilsgrenze von 15 % überschritten werden kann, da das zu beurteilende Kartell, ein Syndikat mit ausschließlichem Andienungszwang, vereinheitlichten Preisen sowie Quotenabsprachen, nahezu die stärkstmöglichen Wettbewerbsbeschränkungen enthielt und demgemäß keine Veranlassung bot, die genannte Obergrenze anzutasten.

Eine deutliche Abkehr von einer nur quantitativen Betrachtungsweise vollzog das OLG Frankfurt²⁾, indem es wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestimmungen einer Taxi-Genossenschaft freistellte, die über einen relevanten Marktanteil von annähernd 44 % verfügte. Dabei ließ sich das Gericht hauptsächlich von den Erwägungen leiten, daß die in Frage stehenden Beschränkungen der Genossen nur dazu beitragen sollten, mögliche weitere Kapazitäten ausschließlich der Genossenschaft anzudienen. Nicht betroffen seien demgegenüber wesentliche Wettbewerbsfaktoren wie Preise, Rabatte, Qualitäten oder andere Leistungsbedingungen, da diese Beförderungskonditionen einheitlich festgelegt sind. Im Ergebnis werde nach Auffassung des Senats der Wettbewerb "jedenfalls nicht wesentlich verschlechtert"³⁾. Ohne diese Entscheidung einer näheren Analyse zu unterziehen, so wird schon durch sie augenfällig, wie schwierig im Einzelfall eine quantitative Gesamtwürdigung zu

1) WuW/E OLG 2807 ff., 2810 gebrochener Muschelkalk vom 17.12.1982

2) WuW/E OLG 2771ff., 2774 Taxi-Funk-Zentrale Kassel vom 20.9.1982 - nicht rechtskräftig

3) a.a.O.S. 2774

treffen ist. Selbst wenn man die vom Gericht konstatierte Ungefährlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung bezüglich der Hauptparameter unterstellt, so wird die in Frage stehende Vereinbarung sicherlich nicht zu einer Optimierung der Wettbewerbsverhältnisse beitragen. Vielmehr läuft das Verbot des marktmächtigsten Taxiunternehmens, sich anderweitig nicht an Konkurrenzfirmen zu beteiligen, eher darauf hinaus, die erreichte Marktstellung zu sichern. Ob dieser Versuch, den Marktanteil von 44 % zu festigen, noch von § 5 b BWG gedeckt werden sollte, erscheint allerdings äußerst fraglich.

Berücksichtigt man die festgestellte Divergenz zwischen § 1 GWB und § 5 b GWB bei der Interpretation des hier in Frage stehenden Tatbestandsmerkmals im Rahmen des Kartellverbots, so bleibt festzustellen, daß die stringente Prüfung der Marktbeeinflussung in der Fertigbeton-Entscheidung jedenfalls nicht gegen den systematischen Zusammenhang dieser beiden Normen verstößt, da eine solche Wechselbeziehung für den hier angesprochenen Problemkreis nicht gegeben ist. Allerdings erscheint es möglich, daß eine Rückkopplung zwischen den genannten Vorschriften eintritt, denn wenn schon der Gesetzgeber bei der Beeinflussungsfrage in § 5 b GWB eine Selektion zwischen förderungswürdigen Kartellen vollziehen will, so fragt sich, ob im Rahmen des § 1 GWB nicht auch qualitative Erwägungen eingeführt werden könnten.

Das BKartA will eine solche Unterscheidung offensichtlich vollziehen, indem es Preis-, Quoten- und Gebietsabsprachen weiterhin unbeschränkt durch § 1 GWB verfolgen und bei diesen Fällen die Bagatellklausel unberücksichtigt lassen will¹⁾, entzieht sich aber dem hier anstehenden Interpretationspro-

1) a.a.O.S. 648 f

blem, indem es diese Überlegungen im Rahmen seines Ermessens (§ 37 a GWB) durchführen will.

In der Rechtsprechung ist neben den weiterhin undurchsichtigen Urteilsbegründungen des BGH vor allem auf eine Entscheidung des KG¹⁾ zu verweisen, die einen eindeutigen Vorstoß in die hier angedeutete Richtung vollzog. Das Gericht stellte zunächst fest, daß die vom BGH aufgestellten Grundsätze bezüglich der Spürbarkeitsfrage nicht schematisch gehandhabt werden können und auf alle Varianten von Kartellverträgen zu übertragen sind. Nach einer Darstellung der Gefährlichkeit und Schädlichkeit von Submissionsabsprachen kommt der Senat zu dem Ergebnis, daß von der Eignung zur Marktbeeinflussung ohne quantitative Feststellungen schon aufgrund der Qualifizierung des Vertrages als Submissionskartell ausgegangen werden kann. Auf Grund dieser auf den Vertragsinhalt abstellenden Eignungsprüfung scheint nur noch ein kleiner Schritt notwendig zu sein, um bei einer kartellrechtlich völlig untypischen Vertragsgestaltung, beispielsweise einem Unternehmensverkauf mit angegliederter Wettbewerbsverbot, die Anforderungen an die Marktbeeinflussung zu verschärfen. Allerdings läßt sich eine solche, schon von dem KG angesprochene, unterschiedliche Handhabung der Beeinflussungsfrage nicht mit der herkömmlichen, nur auf quantitative Kriterien abstellenden Auffassung nachvollziehen.

4. Zusammenfassung

Seit Beginn der Kartellrechtsprechung kam dem Tatbestandsmerkmal der Beeinflussung der Marktverhältnisse die Aufgabe zu, die Auswirkungen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen auf dem Markt in quantitativer Hinsicht zu messen.

1) WuW/E OLG 2789 vom 25.3.1982-nicht rechtskräftig

Dabei bereitete es der Judikatur keine Schwierigkeiten, die für die Festlegung des Einflusses notwendige Markt-
abgrenzung durchzuführen, vielmehr konzentrierte sich
die Diskussion von Anfang an auf die Frage, welches
Ausmaß die Beeinträchtigung des Marktes erreichen soll-
te. Hier stützte sich der BGH zunächst auf das neoliberale
Wettbewerbskonzept, so daß seit der Spar-Entscheidung
im Gegensatz zu einer nur theoretisch vorstellbaren Be-
einflussung jede spürbare Einwirkung auf die Marktver-
hältnisse kartellrechtlich zu beachten war, eine Min-
destgrenze von 5 % Marktanteil der beteiligten Unter-
nehmen wurde ausdrücklich zurückgewiesen. Diese äußerst
enge Rechtsprechungspraxis führte in Verbindung mit dem
Aufkommen des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs
1973 zu den in § 5 b GWB geregelten Freistellungs-
möglichkeiten, womit die Behandlung von Bagatellkartel-
len bzw. leistungssteigenden Kooperationen in das Wider-
spruchsverfahren eingebettet wurde. Dessen ungeachtet ver-
schärfte der BGH 1976 mit der Fertigbeton-Entscheidung
auch bei § 1 GWB den notwendigen Beeinflussungsgrad,
indem er eine merkliche Beeinträchtigung der den Markt-
beteiligten zur Verfügung stehenden Alternativen forder-
te. Allerdings ließ der Kartellsenat auch in den folgenden
Entscheidungen keine konkreten Anhaltspunkte folgen, die
auf das jetzt nötige Ausmaß der Marktbeeinträchtigung
und den Grund des Spruchwandels schließen lassen könnten.
Ebenso unbeantwortet blieb, ob diese geänderte Rechtspre-
chung in direktem Zusammenhang zu der weitläufigen Inter-
pretation des gemeinsamen Zwecks in § 1 GWB steht.

C Zusammenfassung

Aus der hier durchgeführten Analyse der Rechtsprechungspraxis zu § 1 GWB ist sichtbar geworden, daß sich die Judikatur und damit die Wettbewerbspolitik gegenüber Kartellen seit Erlaß des GWB in teilweise extremer Weise geändert bzw. entwickelt hat.

In der Anfangsphase wurde die Auslegung des Kartellverbots durch die Anlehnung an zivilrechtliches Gedankengut geprägt, die einer spezifisch wettbewerbsrechtlichen Interpretation des § 1 GWB entgegenstand. Während auch in der Literatur zu Beginn die Struktur des Kartells als eines Gesellschaftsvertrages durch das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks unumstößlich erschien, entwickelte sich die Kritik zunächst an der Spruchpraxis zum Erfordernis des Vertrages im Rahmen des § 1 GWB. Hier weigerte sich der BGH, sowohl wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse vor allem des Oligopolverhaltens bei der tatbestandlichen Erfassung zu verwerten, als auch dem Vertragsbegriff von den bürgerlich-rechtlichen Normen zu lösen und an kartellrechtliche Erfordernisse anzupassen. Die Teerfarben-Entscheidung markierte insofern den Höhepunkt des starren Festhaltens an zivilrechtlichen Lehren.

Die so verwirklichte Wettbewerbspolitik schob den Grundsatz der Privatautonomie zu Lasten einer wettbewerbspolitischen Interpretation des Kartellverbots in den Vordergrund. Entscheidend waren nicht die Auswirkungen der zu beurteilenden Absprachen, sondern deren Struktur als Gesellschaftsvertrag mit wettbewerbsbeschränkendem Inhalt. Eine so verstandene Auslegung des § 1 GWB konnte selbstverständlich einem der grundlegenden Ziele der § 1ff GWB, privatautonomes Verhalten zu Gunsten der Aufrechterhaltung einer Wettbewerbsordnung zu begrenzen, nicht entsprechen. Vielmehr bremsten die hohen Anforderungen der Gerichte an die strukturellen Voraussetzungen eines Kartells eine ausdehnende Anwendung des § 1 GWB, wobei nur in Ausnahmefällen,

hier vor allem den Submissionskartellen, den Folgewirkungen der Absprache Vorrang eingeräumt wurde.

Den aus den Wirtschaftswissenschaften abgeleiteten Tatbestandsmerkmalen der Geeignetheit zur Beschränkung der Marktverhältnisse kam zum damaligen Zeitpunkt nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Dabei half der Judikatur die damals herrschende ordoliberalen Wettbewerbskonzeption, die mit der Betonung der gesellschaftspolitischen Zielsetzung einer zu verwirklichenden Wettbewerbsordnung im Ergebnis alle, die Wettbewerbsfreiheit tangierenden Beschränkungen durch das Kartellverbot erfassen wollte. Entsprechend unterstellte der BGH jede inter partes vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung, die eine nicht nur theoretisch vorstellbare Beeinflussung der Marktverhältnisse auslöste, dem Sanktionsbereich des § 1 GWB.

Mit der Überbetonung des durch die Privatautonomie geschützten Freiheitsbereiches und den strukturellen Erfordernissen eines Kartells öffneten sich den Unternehmungen naturgemäß vielfältige Möglichkeiten, sich einer kartellrechtlichen Sanktionierung durch den Aufbau von Kartellsurrogaten zu entziehen. Durch eine zunehmend auch die wirtschaftlichen Zusammenhänge erfassende Tatbestandswertung sah sich die Judikatur deshalb wiederholt Sachverhalten ausgesetzt, die mit den bis dato angelegten Bewertungsmaßstäben zu keinen sachgerechten Ergebnissen führen konnten. Es begann eine bis heute noch nicht abgeschlossene Umorientierung der Rechtsprechung, die sich durch ein Abrücken von privatrechtlich geprägten Auslegungsgrundsätzen zu Gunsten eines funktionalen Verständnisses auszeichnete, wobei sich vor allem in der höenstrichterlichen Entscheidungspraxis des BGH das Bemühen abzeichnete, meist unabhängig von Vorschlägen in der Literatur den Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB ein speziell kartellrechtliches Verständnis zukommen zu lassen.

Als erster Herausforderung hatte sich der BGH dem lange Zeit die Kartelldiskussion beherrschenden Streit zwischen Gegenstands- und Folgetheorie zu stellen. Im Rahmen dieser Diskussion,

die letztlich die grundlegende Frage betrifft, ob sich eine richtig verstandene Kartellabsprache nur an dem vereinbarten Vertragspflichten durch Hinterfragen des Inhalts einer Absprache zu orientieren oder aber den ökonomischen Folgewirkungen Vorrang einzuräumen habe, hat sich die Judikatur bis heute einer eindeutigen Stellungnahme entzogen. Weder in den grundlegenden Urteilen zu den Marktinformationsverfahren bzw. der ZVN-Entscheidung noch in der darauf folgenden Spruchpraxis findet sich das Bekenntnis zu einem dieser Denkmodelle, wiewohl auch gerade unter Zugrundelegung neuerer Entscheidungen keinerlei Anhaltspunkte erkennbar sind, die einem immer wieder behaupteten Abschied von der Gegenstandstheorie das Wort reden. Vielmehr läßt der BGH das nicht immer geglückte Bestreben erkennen, neben einer zwar durchweg vollzogenen Folgebetrachtung weitere, den Inhalt betreffende Faktoren in die Beurteilung miteinfließen zu lassen, die den wettbewerbsbeschränkenden Charakter schon der vertraglichen Absprache untermauern sollten.

Mit der Ablösung rein zivilrechtlicher Interpretationsmodelle mußte auch das bisherige Verständnis des gemeinsamen Zwecks als Erfordernis eines an § 705 BGB orientierten Gesellschaftsvertrages einer Neuorientierung weichen. Hier betonte der BGH mehrfach in Anlehnung an eine entsprechende Interpretation des Unternehmensbegriffes, daß der gemeinsame Zweck eigenständig, unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung auszulegen sei. Die darauf folgende Spruchpraxis forderte nur noch, daß die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im gleichgerichteten Interesse der Parteien stehen mußte, überdehnte diesen Ansatz aber, indem sie die geforderte Interessenlage bei einer wettbewerbsbeschränkenden Nebenabrede nach objektiven Erforderlichkeitskriterien feststellen will.

Allerdings zeigte gerade diese objektive, die gesamte wirtschaftliche Komplexität des Sachverhalts berücksichtigende Wertung, daß sich die Rechtsprechung in weiten Teilen völlig von einer Analyse der durch den Parteiwillen lenkbaren, zivilrechtlichen Struktur der in Frage stehenden Vereinbarung löste. Dadurch er-

reichte § 1 GWB eine Ausdehnung, die wohl vor kurzem noch für undenkbar gehalten wurde. Glaubten viele im Hinblick auf die Sanktionierung von klassischen Kartellstrukturen bzw. Kartellsurrogaten, eine Hinwendung zur Folgetheorie unter gleichzeitiger Verschärfung des Beeinflussungsgrades könne zu einer Harmonisierung der Kartellpolitik führen, so zeigte sich jetzt eine weitaus schwerwiegendere wettbewerbspolitische Wendung, nämlich die Erfassung und an den Zielen des § 1 GWB ausgerichtete Überprüfung jeglicher wettbewerbsbeschränkender Verträge. Dabei bekunden schon die bisherigen Urteile, daß sich der Schwerpunkt der Spruchpraxis auf bisher atypische Vertragsformen, meist Austauschverträge mit wettbewerbsbeschränkenden Nebenabreden, verlagerte. Jedoch sind durch diese weitverzweigte, die maximale Ausdehnung erreichende Registrierung aller die Wettbewerbsfreiheit tangierenden Vereinbarungen Schwierigkeiten vorgegeben, die durch die Filterwirkung der bisher formalistisch ausgelegten Tatbestandsmerkmale verdeckt wurden. So wird sich die kartellrechtliche Diskussion darauf verlagern müssen, wie eine wettbewerbspolitisch befriedigende, der funktionalen Bedeutung des Kartellverbots entsprechende Handhabung des § 1 GWB zu vollziehen ist, nachdem letztlich mit den herkömmlichen Interpretationsmodellen kein Tatbestandsmerkmal eine angemessene, selektive Funktion ausüben kann.

Der BGH versucht, diesem Problemkreis mit der schon angesprochenen Überdehnung des Erfordernisses der gemeinsamen Zweckrichtung näher zu kommen, was vielfach eine sprunghafte und unkoordinierte Grenzziehung des Kartellverbots auslöste. Gleichzeitig sind Anzeichen erkennbar, die zu einer Verschärfung des Marktbeeinflussungsgrades führen könnten. Dabei scheint sich der Kartellsenat jedoch weniger an dem aufkommenden Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs zu orientieren, also eine grundsätzliche Ausklammerung des Bagatelldereichs anzustreben. Vielmehr deuten Anhaltspunkte darauf hin, daß eine interdependente Handhabung angestrebt wird, die den Beeinflussungsgrad unterschiedlich in Abhängigkeit von Vertragsform- und Inhalt festlegen will. Allerdings steht die Judikatur hier noch am Anfang einer möglichen Entwicklung, sodaß vor allem auch im Hinblick auf die diesbezüglich zurückhal-

tenden Ausführungen des BGH nur unter Vorbehalt von einer neuen Richtung innerhalb der Auslegungspraxis zu § 1 GWB gesprochen werden soll.

D Vorschlag zu einer Harmonisierung des kartellrechtlichen Verständnisses

I. Problemstellung und bisherige Lösungsansätze

1. Der Ansatz

Aus den vorhergehenden Darlegungen vor allem zur jüngeren Entwicklung der Judikatur ist deutlich geworden, daß die Spruchpraxis durch ein teils widersprüchliches und unkoordiniertes Verhalten gekennzeichnet ist. Der Grund ist sicherlich darin zu sehen, daß letztlich alle Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB einer so starken Perforation unterzogen wurden, daß mit ihnen eine griffige Handhabung zur Eingrenzung des Kartellverbots nicht mehr möglich erscheint¹⁾. Die auch hier kritisierten, konzeptionell falsch an privatrechtlichen Instituten ansetzenden Bremsen greifen eben nicht mehr, so daß im heutigen Stadium über jeder Vereinbarung mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung das Damokles-Schwert in Form einer kartellrechtlichen Sanktionierung schwebt. Die Aufgabe der folgenden Ausführungen wird deshalb sein, zu hinterfragen, was überhaupt einen Kartellvertrag, dem der 1. Abschnitt des GWB gewidmet ist, auszeichnet und vor allem zu versuchen, eine möglichen Neuorientierung und Eingrenzung des § 1 GWB unter Beachtung der Rechtsprechungspraxis zu skizzieren.

Ausgangspunkt soll zunächst die Gegenüberstellung zweier kartellrechtlich relevanter Sachverhalte sein; zum einen die schon mehrfach herangezogene Submissionsabrede, zum anderen ein Unternehmensverkauf mit einer das good will adäquat schützenden Wettbewerbsabrede. Unstreitig ist wohl, daß diese Vereinbarungen in einer kartellrechtlichen Opposition stehen; die eine als 'klassisches 'Modellkartell'', die andere als eine von § 1 GWB auszunehmende, wettbewerblich untypische Abrede.

Es soll nun die Frage gestellt werden, warum man wie selbstverständlich zu dieser Wertung gelangt. Auch hier erscheint

1) Günther (Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe S.123ff) spricht davon, daß ein der Rechtsanwendung traditionell bekannter Subsumtionsvorgang nicht möglich ist

die Antwort zunächst leicht: das Submissionskartell bildet geradezu ein Paradebeispiel dafür, wie durch privatautonomes Verhalten meist sogar auf eine bestimmte Ausschreibung abzielend in höchstem Maße wettbewerbs- bzw. sozialschädigendes Verhalten erreicht werden kann ¹⁾. Demgegenüber duldet die Rechtsordnung den Verkauf und Übergang eines Unternehmens, woraus sich auch die Akzeptanz einer damit notwendigerweise verbundenen Wettbewerbsbeschränkung ergibt ²⁾. Mit dieser Begründung läßt sich schon eine grundsätzliche Folgerung ableiten, die den hier vertretenen Vorschlag bestimmen wird: eine richtig verstandene Auslegung des Kartellverbots kann auf ein noch herauszuarbeitendes und näher zu qualifizierendes, vertragsimmanentes Element nicht verzichten, wobei die bisherigen Ausführungen allerdings schon hinreichend verdeutlicht haben, daß ein solches Korrektiv nicht in der von den Parteien beeinflussbaren, privatrechtlichen Struktur der Vereinbarung zu suchen ist.

2. Die Auffassung von Karsten Schmidt

Allerdings gelangt K. Schmidt vor dem Hintergrund der bisherigen Kartellrechtsprechung zu einem grundsätzlich divergierenden Ansatz ³⁾. Unter dem Eindruck, daß die in der Judikatur so oft hervorgehobene Organisationsform einer Vereinbarung keinen sinnvollen Ansatz bieten kann, kommt dieser Autor zu dem Ergebnis, daß nur das abgestimmte, wettbewerbsbeschränkende Verhalten entscheidend sein kann. Das Vertrags-

1) vgl. dazu nur WuW/E OLG (KG) 2789

2) vgl. Oppenländer WuW 81, 398ff, 395 m.w.N.

3) vgl. K. Schmidt, Kartellverbot S. 14ff, 25f, 36, 56; ihm folgend van Venrooy, DB 81, 379f, der die Unterstützung der von K. Schmidt entwickelten Auffassung durch Emmerich, Kartellrecht, S. 49 und ihn offensichtlich schon für ausreichend hält, um von einer 'herrschenden Lehre' zu sprechen

ganze ist im Ausgangspunkt belanglos ¹⁾ und interessiert bei der Vertragsabgrenzung nicht; vielmehr erschöpft sich die Funktion des § 1 GWB nur in der Regelung der Unwirksamkeit vertraglicher Bindungen, während § 25I GWB das Verbot der Kartellierung regelt ²⁾. Demnach ist ein Kartellverstoß schon dann zu bejahen, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen den Marktbeteiligten diesen als abgestimmtes Verhalten zuzurechnen ist ³⁾.

Die Auffassung von K. Schmidt kann nicht überzeugen. Dabei soll hier weniger betont werden, daß die Aufgabenverschiebung zwischen § 1 GWB und § 25I GWB sicherlich mit Aufbau und Entstehungsgeschichte des GWB nicht vereinbar ist ⁴⁾. Vielmehr kann dieser Ansatz zu der hier aufgezeigten Fragestellung einer sinnvollen Reduktion des Kartellverbots nicht viel beitragen. Auch hierbei soll von den beiden Antipoden nämlich einerseits der Submissionsabsprache und andererseits dem Unternehmensverkauf ausgegangen werden. Bei der ersten Vereinbarung kommt K. Schmidt zu einem unstreitigen Ergebnis. Zwar kann er mit dem von ihm vertretenen Ansatz den speziellen, gesellschaftspolitischen Aspekt, der bei der Sanktionierung von Submissionsvereinbarungen einfließt und die kartelltypischen Momente gerade dieser Absprachen nicht berücksichtigen, da das Vertragsganze seines Erachtens keine Relevanz entfaltet. Jedoch kommt er durch die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmung der Beteiligten zu einer kartellrechtlichen Erfassung dieses Sachverhalts gem. §§ 25I, 38 I Nr. 1 GWB.

Hier liegt jedoch nicht das eigentliche Problem. Vielmehr ergeben sich die hauptsächlichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Unternehmensverkaufs und der Begründung seiner kartellrechtlichen Freistellung. In dieser Hinsicht zeigt die Neukonzeption ihre eigentlichen Schwächen. Auch hier liegt

1) a.a.O., S. 56

2) a.a.O., S. 14

3) a.a.O., S. 63

4) vgl. Langen/Niederleithinger/Schmidt § 25 Rdnr. 21;
Rittner, WirtschaftsR § 18 A II 3

zunächst eine wettbewerbsbezogene Abstimmung vor, so daß § 25I GWB erfüllt ist. Allerdings soll jetzt doch eine das Vertragsganze berücksichtigende Einschränkung vorgenommen werden, wobei natürlich zu fragen ist, wo diese Abwägung stattfinden soll, ohne das gesamte Konzept mit der grundlegenden Wertung, nicht der Vertrag, sondern die Abstimmung sei entscheidend, zu erschüttern. Hier bleibt für K. Schmidt nur noch ein Weg offen und zwar das Abstellen auf die 'ungeschriebenen Grenzen des § 1 GWB' ¹⁾. Wo diese Grenzen dogmatisch liegen sollen, ist allerdings nicht genau zu erfassen. So soll der Vertragszweck als 'Abgrenzung ungeschriebener Verbotsfreistellungen' interessieren ²⁾, was auf den Fall bezogen nur bedeuten kann, daß der Unternehmensverkauf unter § 1 GWB fällt, aber freigestellt werden kann. Andererseits soll es um die Zurückdrängung des nach dem Wortlaut erfüllten Kartellverbotstatbestandes gehen ³⁾, was mehr zu dem Ergebnistendiert, daß ~~schon~~ der kartellrechtliche Tatbestand bei einem Unternehmensverkauf nicht erfüllt ist und schließlich wird von der Rechtfertigung des Privilegs einer Kartellfreistellung gesprochen ⁴⁾. Im ganzen faßt K. Schmidt diese vielfältigen Hinnaahmemöglichkeiten unentbehrlicher Wettbewerbsbeschränkungen durch das Gesetz unter dem Stichwort der Immanenztheorie zusammen.

Im weiteren soll nicht versucht werden, den Immanenzgedanken einer näheren Kritik zu unterziehen, dazu fehlt es schon an einer genaueren, aussagekräftigen Definition, die auf den Ansatz dieser Theorie und ihre dogmatische Verwurzelung hinweist ⁵⁾. Vielmehr beinhaltet diese Konzeption im wesentlichen zwei Schwachstellen, die schon die Grundlage des Denkmodells betreffen. Zum einen wird die Abkehr einer vertragsbezogenen Orientierung im Ergebnis

1) a.a.O., S. 83

2) a.a.O., S. 81f

3) a.a.O., S. 82

4) a.a.O., S. 85

5) insofern können auch die Ausführungen von Steindorff (BB 77, 569 ff), auf die auch K. Schmidt verweist, zu keiner näheren Klärung beitragen

durchbrochen, indem die diesbezüglichen Moment bei der Immanenzfrage wieder eingeführt werden, während andererseits kartellcharakterisierende Faktoren nicht berücksichtigt werden können. Das prinzipielle Verständnis dieser Theorie trägt demnach zur Beurteilung der hier interessierenden Sachverhalte de facto nichts bei ¹⁾, so daß sich eine ihrer grundlegenden Aussagen letztlich ins Gegenteil verkehrt: nicht die Abstimmung ist entscheidend, sondern der Vertrag, der die Abstimmung rechtfertigen oder freistellen soll oder noch allgemeiner, der zu einer Hinnahme der Wettbewerbsbeschränkung durch das Gesetz führen soll ²⁾. Dadurch wird, und hier liegt die zweite Schwachstelle, die maßgebliche Prüfung der Kartellrechtswidrigkeit in einen übergesetzlichen, ungeschriebenen und umschriebenen Raum verlegt. Mit dieser Verschiebung wird die gesamte Problematik in schon bedenklicher Weise auf unscharfe, außerrechtliche Maßstäbe verwiesen. Der Auffassung von K. Schmidt soll daher im weiteren nicht gefolgt werden.

3. Lösungsansätze in der Literatur

Es hat allerdings in der Literatur nicht an Stimmen gefehlt, die zwischen einer rein ökonomischen Folgebetrachtung und einer nur auf den Vertragsgegenstand abzielenden Interpretation des § 1 GWB Verknüpfungen erreichen wollten.

Vor allem Emmerich ³⁾ möchte einen solchen Bezug dann herstellen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung im weitesten Sinne Gegenstand des Vertrages ist. In diesen Fällen könne auf die zusätzliche Prüfung der Eignung des Vertrages zur Beeinflussung der Marktverhältnisse verzichtet werden, da "ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß rational handelnde Unternehmer vertraglich den Wettbewerb nur beschränken werden, wenn sie sich davon mit gutem Grund einen Einfluß auf die Marktverhältnisse versprechen" ⁴⁾. Eine zusätzliche Folgeprüfung und Feststellung der

1) außer ihrem grundlegenden Verdienst, die Interpretation des § 1 GWB von dem die Rechtsprechung früher beherrschenden Organisationsdenken zu befreien

2) so K. Schmidt a.a.O., S. 82

3) vgl. Emmerich Wettbewerbsrecht §6, 5b; ZHR 139, S.476ff, 507 widersprüchlich insofern Immenga, der einerseits Emmerich folgt (vgl. Immenga/Mestmäcker §1 Rdnr.316,323), andererseits diese Auffassung ausdrücklich ablehnt (a.a.O., Rdnr. 362)

Geeignetheit zur Marktbeeinflussung sei nur dann erforderlich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nicht Gegenstand, sondern eben bloße Folge des Vertrages sei.

Dieser Auffassung liegt sicherlich der richtige Gedanken zu Grunde, daß eine zielgerichtete, in der Absprache gegenseitlich festgelegte Koordination zur Beeinflussung meist des Preiswettbewerbs ¹⁾ eine andere kartellrechtliche Wertung zulassen kann als ein unbeabsichtigter, durch Vertrag ausgelöster Markteinfluß.

Offen bleibt allerdings, wie Emmerich diesen Ansatz in seine sonstige Konzeption zu § 1 GWB einbauen will. Als Vertreter der eingeschränkten Folgetheorie ist ihm die Hinzuziehung des Vertragsinhalts grundsätzlich verwehrt. Des weiteren vertritt Emmerich mit der h.M. ²⁾ die Auffassung, der Vertrag in § 1 GWB müsse nur objektiv zum Markteinfluß geeignet sein, brauche also weder von den Parteien bezweckt zu sein, noch eine diesbezügliche Wirkung ausgelöst zu haben ³⁾. Dann erscheint es aber nicht zulässig, die auf Grund des Vertragsinhalts den Beteiligten unterstellten Vorstellungen, also subjektive Momente, zur Feststellung einer objektiven Eignung, deren Nachweis sich ja gerade durch die Nichtberücksichtigung der erwünschten unternehmerischer Zielvorgaben auszeichnet, heranzuziehen ⁴⁾.

Ferner kann die Beurteilung der Kartellrechtswidrigkeit grundsätzlich nicht von dem Vorstellungsbild der Betroffenen abhängen. Diese sind zwar geeignet, einen Anhaltspunkt für die Marktwirkungen der Absprache zu bieten, können aber nicht dazu führen, den objektiven Tatbestand einer Norm mit einer, auf Unterstellungen und Vermutungen angewiesenen Beweisführung als erfüllt zu betrachten. Dadurch würden in unzulässiger Weise Gesinnungsmerkmale in die Tatbestandsprüfung eingeführt werden.

1) so auch der Ausgangspunkt von Emmerich, a.a.O., S. 506

2) Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 96f; Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 349; Langen/Niederleithinger/Schmidt § 1 Rdnr. 71; jeweils m.w.N.

3) a.a.O., S. 506

4) so auch Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 362 f

Einen anderen Weg zur Bewältigung der sich durch die Ausweitung des gemeinsamen Zwecks ergebenden Abgrenzungsschwierigkeiten schlägt Belke vor ^{1) 2)}. Für ihn ergibt sich die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots bei einer dem Hauptzweck des Vertrages adäquaten Wettbewerbsklausel aus der Folgerung, daß diese Nebenpflicht nicht als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB zu betrachten ist ³⁾. Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß nach zivilrechtlichen Wertungen dem Vertragspartner solche Wettbewerbsverbote kraft objektiven Rechts auch ohne ausdrückliche Vereinbarung obliegen, weshalb sie im Rahmen des Kartellrechts aus dem gleichen Grunde nicht als Wettbewerbsbeschränkungen behandelt werden können ⁴⁾.

Jedoch bleibt unklar, wie eine solche, die zivil- und kartellrechtlichen Wertungen verbindende Mechanik bei dem genannten Tatbestandsmerkmal einen Hebelansatz finden kann. Belke ⁵⁾ setzt die Wettbewerbsbeschränkung "mit der einvernehmlichen Manipulierung oder Koordinierung von Wettbewerbsfaktoren auf der kartellierten Marktseite" gleich. Dann ist aber unverständlich, warum ein notwendiges Wettbewerbsverbot genauso wie eine den vertraglichen Hauptzweck überschießende Beschränkung nicht unter diese Definition fällt. Hier dürfte doch unstreitig sein, daß jegliche dieser Wettbewerbsabsprachen einer Einflußnahme auf Wettbewerbsfaktoren gleichkommt, so daß offen bleibt, wo Belke den 'richtigen Kern der Immanenztheorie' ⁶⁾ im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung behandelt wissen will.

Des weitern nicht nachvollziehbar ist die Übernahme zivilrechtlicher Bewertungen bei § 1 GWB. Legt man die sicherlich schon

1) Belke ZHR 143 (1979), S. 74ff

2) weitere Literaturstimmen, vor allem Ebel (WuW 79, 792ff) und Mestmäcker (Normzwecke und Systemfunktionen im Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen), die im wesentlichen der Rechtsprechung zum gemeinsamen Zweck folgen, sollen vorliegend nicht weiter dargestellt werden

3) a.a.O., S. 80, 90

4) a.a.O., S. 90

5) a.a.O., S. 85

6) hier folgt Belke den Ausführungen von K. Schmidt

strittige Prämisse zu Grunde, ein Vertragspartner unterliege adäquaten Nebenpflichten schon kraft objektiven Rechts, so ist mit dieser Aussage eine dem spezifischen Sinngehalt des Kartellverbots entsprechende Folgerungen nicht zu ziehen. Eine die wettbewerbsrechtlichen Erfordernisse berücksichtigende Abwägung findet in der hauptsächlich einschlägigen Vorschrift des § 138 BGB nicht statt ¹⁾, was auch Belke erkennt. Er schlägt deshalb vor, privatrechtlich begründete Nebenpflichten zusätzlich im Lichte des § 1 GWB zu begrenzen ²⁾, womit er sicherlich das Problem in richtiger Weise auf den Kernpunkt reduziert. Nur widerspricht er damit seinem grundsätzlichen Lösungsansatz, denn ein nach zivilrechtlichen Wertungen zu beachtendes Wettbewerbsverbot führt eben nicht aus dem gleichen Grunde zu einer Kartellfreiheit und beinhaltet natürlich auch eine wettbewerbsbeschränkende Komponente. Wie Belke deshalb im Ergebnis die von ihm geforderte Begrenzung vornehmen will, bleibt nach seinen Ausführungen unbeantwortet.

Im Ergebnis stellt auch die Zwecktheorie ³⁾ den Versuch dar, einen neuen Ansatz zwischen Folge- und Vertragsbetrachtung zu finden, indem wettbewerbsbeschränkende Wirkungen einer Vereinbarung nur dann von § 1 GWB erfaßt werden sollen, wenn diese den gemeinsamen Vorstellungen der Beteiligten entsprechen, unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung. Allerdings hat schon die Kritik ⁴⁾ an dieser Theorie gezeigt, daß sie mit der Suche nach übereinstimmenden Motiven der Parteien kein entscheidend neues Element enthält, da eine weiter verstandene Gegenstandstheorie auch ungeschriebene Inhalte und Zweckvereinbarungen mit umfaßt. Außerdem sieht sich auch diese Auffassung

1) vgl. auch S.81 ff

2) a.a.O., S. 90

3) vgl. dazu S.99 f

4) vgl. S.100

den grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt, daß abgesehen von den Beweisschwierigkeiten subjektiver Komponenten die kartellrechtswidrigkeit nicht von dem Vorstellungsbild der Betroffenen abhängen kann, sondern eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung erfordert.

Ein besseres Abgrenzungskriterium scheint hier Ballerstedt ¹⁾ zu bieten, indem er die Folgewirkungen einer Absprache den Beteiligten nur zurechnen will, wenn die wettbewerbsbeschränkende Eignung des Vertrages den kartellmitgliedern als verantwortlich handelnde Unternehmer erkennbar war ²⁾. Allerdings bleibt auch hier mit der Betonung der unternehmerischen Verantwortlichkeit ein beträchtlicher Unsicherheitsfaktor bestehen, so daß nur im Bereich kaum vorhersehbarer Wettbewerbsbeschränkungen eine sichere Grenzziehung des kartellrechtlichen Anwendungsbereiches möglich erscheint ³⁾.

Abschließend erwähnt werden soll der Versuch von Offterdinger ⁴⁾, mit der 'induktiven Methode' ein der üblichen Subsumtion divergierendes Verfahren der Rechtsanwendung entgegenzusetzen. Im Rahmen des § 1 GWB soll es demnach weniger um die Erfassung eines Sachverhalts unter eine ihrem Inhalt nach schon bestimmte Norm gehen, sondern darum, "aus der Anwendung der Norm im Einzelfall den gesetzlichen Tatbestand zu erschließen und so den Ansatz für eine brauchbare Regel zu finden" ⁵⁾.

Offterdinger ist sicherlich beizupflichten, daß mit diesem Verfahren ein genügend großer Bewegungsspielraum für den kartellrechtlichen Anwendungsbereich geöffnet bleibt, was bei vielen theoretisch aufgearbeiteten Lösungsmodellen schon oft auf Grund ihrer Konzeption nicht gegeben ist ⁶⁾. Jedoch bleibt zu fragen, ob nicht auch unter Berücksichtigung der gesetz-

1) Ballerstedt in Festschrift Böhm, S. 179ff, 192

2) vgl. hierzu auch die ZVN-Entscheidung des BGH, S. 105

3) so auch Baur ZHR 134 (1970), S. 97ff, 132

4) Offterdinger, Zur Methode der Rechtsfindung, S. 1ff

5) a.a.O., S.6

6) a.a.O., S.7

geberischen Zielsetzungen Maßstäbe zu finden sind, die die vielfältigen wettbewerblichen Beschränkungsmöglichkeiten erfassen und selektieren können.

II. Zur Auslegung und Interpretation des § 1 GWB

1. Das GWB als wirtschaftsbezogenes Gesetz

Der Versuch von Offterdinger deutet allerdings schon die spezifischen Schwierigkeiten an, die sich bei der Anwendung eines wirtschaftsbezogenen Gesetzes ergeben und die im Rahmen des § 1 GWB durch die Verbindung von zivilrechtlichen sowie wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen noch verstärkt werden.

So soll das GWB gewährleisten, daß der Wettbewerb als Ordnungsprinzip aufrecht erhalten wird, ohne allerdings den durch die Privatautonomie festgelegten Freiheitsbereich der Marktbeteiligten unnötig zu begrenzen. Die Rechtsanwendung hat demnach über die individualrechtlichen Beziehungen der Einzelnen zueinander hinaus Sachverhalte zu beurteilen, die schon auf Grund der Komplexität des Wettbewerbs, seines Ablaufs und überhaupt der unterschiedlichen, interdependenten Marktfaktoren mit den herkömmlichen Interpretationsgrundsätzen schwerlich erfaßt werden können. Beurteilt werden soll ein Verhalten, das seinen Grund eben nicht im Bereich spontanen menschlichen Erlebens erfährt, sondern welches sich dem Rechtsanwender erst über eine weitere Zwischenstufe, dem Wettbewerb, stellt ¹⁾.

Die vorliegende Untersuchung hat deutlich gemacht, daß vor allem die tradierten, zivilrechtlichen Interpretationsgrundsätze dem wettbewerbspolitischen Gehalt des § 1 GWB nicht gerecht werden konnten. Auch die gebräuchliche Auslegung nach Wortsinn, systematischen Zusammenhang sowie der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ²⁾ konnten in der Rechtspraxis keinen entscheidenden Beitrag zur Anwendbarkeit der hier in Frage stehenden Norm leisten.

Bei dem vor allem wirtschaftswissenschaftlich geprägten Tat-

1) vgl. dazu Ralsch JZ 65, 625ff, 627

2) vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 298ff

bestandsmerkmal des Wettbewerbs im Rahmen des § 1 GWB erreichte die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung deshalb nach einer Vielzahl von Definitionsversuchen ¹⁾ einen erstaunlichen Konsens. Nach einmütiger Auffassung ²⁾ enthält dieser Begriff kein normatives Element und entzieht sich somit einer rechtlichen Definition. Der Wettbewerb sei als reales Phänomen mit seinen Wirkungsweisen und Folgen in einer rechtlich verbindlichen Weise nicht zu erfassen, weshalb dieses Tatbestandsmerkmal auch unter Hinzuziehung rechtspolitischer Gesichtspunkte sowie unter Beachtung von Praktikabilitätsabwägungen offengehalten werden müsse.

Für die Rechtsanwendung folgt daraus, daß eine Subsumtion im Sinne einer Einordnung des interessierenden Sachverhalts unter genau gekennzeichnete Merkmale, die zu einer Anwendung der Norm "nur dann und immer dann" ³⁾ führen, nicht möglich ist. Vielmehr soll der Tatbestand des Wettbewerbs jeweils im Einzelfall, unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des § 1 GWB definiert und bewertet werden, so daß alle wettbewerbsrelevanten Handlungen generalisierend und typisierend erfaßt werden können ⁴⁾. Es steht demnach dem Rechtsanwender im Rahmen des Kartellverbots kein subsumtionsfähiger Begriff, sondern ein zu wertorientiertem Denken zwingendes, von Larenz treffend als "Typus" ⁵⁾ bezeichnetes Element zur Verfügung.

Die daraus für den gesamten kartellrechtlichen Tatbestand abzuleitenden Folgerungen scheinen allerdings selten vollzogen zu werden. Sind schon die wettbewerbsrelevanten Handlungen auf Grund typologischer Argumentation festzulegen, so kann auch eine diesbezügliche Beschränkung und darüber hinaus letztlich die Definition des vollständigen, durch § 1 GWB festgelegten Anwendungsbereiches nur in Form von Typenbeschreibungen erfolgen ⁶⁾.

1) vgl. zuletzt Brosche, Die wettbewerbsrelevanten Handlungen S.12f

2) Immenga in Immenga/Mestmäcker §1 Rdnr.194;Langen/Niederleitinger Schmidt §1 Rdnr.72;Westrick/Loewenheim §1 Rdnr. 50f;Rittner WirtschaftsR,§ 17 All1c jeweils m.w.N.

3) vgl. Larenz a.a.O., S. 194

4) so Baur, a.a.O., S. 129

5) a.a.O., S. 197

6) Baur(a.a.O.,S. 135) spricht insofern von einem 'Typenkatalog'

Demgegenüber versucht die neuere Lehre ¹⁾ vor allem bei dem zivilrechtlich abgeleiteten Erfordernis des gemeinsamen Zwecks weiterhin, mit dem 'funktionalen Ansatz' einer Konkretisierung und rechtlichen Definition dieses Tatbestandsmerkmals näherzukommen. Gemeint ist mit diesem funktionalen Verständnis, daß § 1 GWB nur Verträge erfaßt, die "die Wettbewerbsverhältnisse gemeinsam, zu wesentlich gleichgerichteten Interessen der Beteiligten regeln" ²⁾.

Es handelt sich dabei im den Versuch einer teleologischen Interpretation, also einer Auslegung gemäß dem erkennbaren Sinn und Zweck des Kartellverbots, wie sie auch in der neueren Judikatur zum gemeinsamen Zweck im wesentlichen vollzogen wurde. Schon an anderer Stelle ³⁾ wurde erörtert, daß dieser Weg m.E. nicht gangbar ist und zu einer völlig überdehnten Argumentation dieses Tatbestandsmerkmals führt: Die entscheidende Funktion des gemeinsamen Zwecks liegt in der Feststellung, ob die beteiligten Unternehmen eine Marktregelung erzielen wollen, indem sie ihre Wettbewerbspositionen verfestigen oder abgrenzen. Hierin erschöpft sich aber auch die Suche nach einer gleichgerichteten Interessenlage, die sich immer an dem Willen der Beteiligten orientieren muß. Eine Gesamtwürdigung des Vertrages, welche unter Berücksichtigung der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen des GWB die Wettbewerbsklausel anhand objektiver Kriterien in Beziehung zur vereinbarten Hauptabrede setzt, kann von einer funktionalen Auslegung nicht mehr erfaßt werden. Vielmehr hat sich auch die teleologische Interpretation im Rahmen des Wortsinns der Bestimmung zu orientieren ⁴⁾, die bei dem Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks eine so verstandene Erforderlichkeitsprüfung der in Frage stehenden, kartellrechtlichen Absprache verbietet .

Allerdings deutet die gerade bei der Frage der gemeinsamen Zweck-

1) vgl. Immenga in Immenga/mestmäcker § 1 Rdnr.157 m.w.N.; Westrick/Loewenheim §1 Rdnr.40; Rittner, WirtschaftsR §18

2) so Rittner a.a.O. § 18 BIII 1b

BIII 1b

3) vgl. S. 73 ff

4) vgl. Larenz, a.a.O., S. 321

richtung durch die Rechtsprechung vollzogene Beurteilung des gesamten Vertrages auf einen wichtigen Aspekt hin, der als Ansatz für die folgenden Ausführungen dienen soll:

Für die Anwendbarkeit des § 1 GWB entscheidend ist der vollständige, sich tatsächlich darstellende Sachverhalt, der in seiner Gesamtheit einer kartellrechtlichen Typisierung unterzogen werden muß. Dem zu Grunde liegt die These, daß § 1 GWB als Generalklausel keinen kartelltatbestand normiert, sondern durch seinen Wortlaut nur charakterisierende Wertungsgesichtspunkte zur Verfügung stellt, die in ihrer Gesamtheit von dem Rechtsanwender ein an dem Gesetzeszweck ausgerichtetes Werturteil im Sinne einer Typisierung des Vertrages als Kartellvereinbarung verlangt. Demzufolge enthält § 1 GWB keine Tatbestandsmerkmale im herkömmlichen Sinne, sondern Verdichtungsfaktoren, die den Typus des 'Kartells' umschreiben. Aufgabe einer funktionalen Anwendung des Kartellverbots wird demnach sein, nicht Tatbestandsmerkmale sondern Tatbestände im Sinne kartelltypischer Sachverhalte zu definieren.

2. § 1 GWB als Typus

Der Gedanke, daß § 1 GWB keinen festgefügteten Tatbestand definiert, sondern einen Typus umschreibt, ist nicht neu und wurde vor allem von Baur ¹⁾ und Rittner ²⁾ vorangetrieben, ohne allerdings größere Resonanz in der kartellrechtlichen Diskussion auszulösen. So möchte Rittner ³⁾ mit seiner "funktionalen Theorie" den weiten Rahmen des § 1 GWB durch "Typenbildung" im Sinne von "Rechtstypen" ausfüllen, während Baur ⁴⁾ die entscheidende Funktion des Merkmals der "Eignung" darin erblickt, einen "Katalog typischer Beschränkungen des Wettbewerbs zu entwickeln". Beide Autoren scheinen allerdings den 'Typus' nicht als eine spezifische Denkform ⁵⁾ anzuerkennen, die den gesamten kartellrechtlichen Tat-

1) Baur, a.a.O., S. 129ff

2) Rittner, Kooperation, S. 21ff

3) a.a.O., S. 21; Vgl. auch Rittner, WirtschaftsR, § 18 BI 5

4) a.a.O., S. 140

5) vgl. Leenen, Typus und Rechtsfindung, S. 64f

bestand umfaßt, sondern nur als Lösungsmöglichkeit eines gesonderten Problemkreises im Rahmen des Kartellverbots zu verwenden. So will Rittner sein kartellrechtlich-funktionales Verständnis hauptsächlich nur als neuen Ansatz zwischen Gegenstands- und Folgetheorie verstehen ¹⁾, während Baur ausschließlich dem Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung näher kommen will und die sonstigen Tatbestandsmerkmale nach hergebrachten Grundsätzen beurteilt ²⁾. Es soll deshalb zunächst versucht werden, unter Einbeziehung der kartellrechtlichen Problematik die Rolle des 'Typus' im Rahmen des § 1 GWB nach der hier vertretenen Lösung zu verdeutlichen ³⁾.

Stellt der Gesetzgeber zur Regelung eines Sachverhalts einen gesetzlichen Tatbestand auf, so liegt darin zugleich der Versuch, da ins Auge gefaßte Verhalten möglichst genau zu definieren, um so dem Rechtsanwender eine nachvollziehbare Subsumtion zu ermöglichen. Eine solche Überprüfung des sich anbietenden Sachverhalts unter die in der gesetzlich Definition genannten Merkmale gestaltet sich vor allem dann als ein mehr technischer, wertfreier Vorgang, wenn der dem Gesetz zu Grunde gelegte Modellfall zu beurteilen ist. Im Rahmen des Kartellverbots kann hier auf das schon oft herangezogene. Submissionskartell verwiesen werden und vor allem auf den Freistellungskatalog der §§ 2ff GWB, durch den der Gesetzgeber die besondere Regelungsbedürftigkeit gerade dieser Kartellsachverhalte zum Ausdruck brachte. Auch ein Beispiel aus der wissenschaftlichen Diskussion zeigt auf, daß das Leitbild des klassischen Kartells zumindest unerschwerlich herangezogen wird. So wird im Rahmen der Diskussion um die Gegenstands- bzw. Folgetheorie vor allem von den Vertretern der letztgenannten Auffassung trotz ihrer eigentlich folgebezogenen Betrachtungsweise immer wieder als Vorteil herausgestellt, daß nur mit dieser

1) vgl. Rittner, WirtschaftsR. § 18 BI 2,3; vor allem bei der Frage des gemeinsamen Zwecks folgt Rittner der herkömmlichen Meinung, vgl. § 18 BIII 1b,2

2) vgl. Baur, a.a.O., S. 129ff; sowie JZ78, 586ff, 590

3) vgl. zum folgenden ausführlich Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache"; Leenen, Typus und Rechtsfindung; Larenz, a.a.O. S. 194ff

Theorie kartellsurrogate erfaßt werden können ¹⁾. Ein Surrogat, verstanden als Ersatz oder Behelf setzt aber konsequenterweise eine Grundform voraus, aus der es sich ableitet. Das ist im Fall der ZVN-Entscheidung bzw. der Urteile über die Marktinformationsverfahren das Preiskartell ²⁾, wobei sich die Beurteilung dieser Sachverhalte als Kartellersatz aus zwei Gründen ergibt:

Zum einen weisen sich diese Vereinbarungen in Auswirkung und in dem von den Parteien verfolgten Zweck 'eigentlich' als klassische Kartellabsprachen aus, zum anderen fehlt ihnen aber ein typisches Element, die vertragliche Fixierung der wettbewerblichen Beschränkung, weshalb sie eben nur als Kartellbehelf eingestuft werden.

Schon diese relativ geringfügige Abweichung des Sachverhalts von dem gesetzgeberisch vorgestellten Idealfall eines Kartells zeigt auf, daß das Gesetz mit Mitteln der Begriffslogik nicht alle tatsächlich zu bewertenden Interessenkonflikte erfassen kann. Vielmehr behindern begriffliche Merkmale häufig die Durchsetzung der ratio legis, indem sie entweder nicht alle erwünschten Fälle decken oder aber Sachverhalte erfassen, die den gesetzlichen Schutzbereich nicht tangieren. Ein Submissionskartell behält seine Gefährlichkeit auch dann, wenn das gewünschte Wettbewerbsbeschränkende Verhalten durch ein Entgelt erkaufte wird, also ein synallagmatisches Verhältnis vorliegt, genauso wie umgekehrt das Wettbewerbsverbot innerhalb eines handelsrechtlichen Gesellschaftsvertrages nicht schon deshalb unter § 1 GWB fällt, weil dieses sich als gemeinsamer Zweck der Gesellschafter darstellt.

Hier wird deutlich, daß der durch das Kartellverbot zu erfassende Sachverhalt sich einer begrifflichen Erfassung deshalb entzieht, weil die ihn auszeichnenden Merkmale nicht zwingend in jedem Fall vorliegen müssen. So pendelt sich eine Beurteilung der jeweiligen Kartellabsprache immer wieder von neuem zwischen den beiden Extrempositionen ein; dem Gesellschaftsvertrag mit wett-

1) vgl. nur Emmerich, Wettbewerbsrecht § 6, 4 bb (1); Möschel, NJW75, 94ff, 96; Sandrock, Grundbegriffe, S. 242f

2) bezeichnender Weise spricht Baur (a.a.O., S. 139 m.w.N.) davon, daß das "Preismeldeverfahren typischerweise wettbewerbsbeschränkend ist"

bewerbsbeschränkendem Inhalt einerseits und einer synallagmatischen Absprache mit negativen Marktfolgen auf der anderen Seite. Demgemäß wird im Einzelfall über eine einfache, logische Subsumtion hinaus eine Beurteilung verlangt, die sich an der ratio legis orientiert. Nicht von ungefähr zeichnet sich gerade in der kartellrechtlichen Judikatur das Bemühen ab, schon in den Leitsätzen die kartellbegründende Typik speziell des der Entscheidung zu Grunde liegenden Tatbestandes auszuweisen ¹⁾ ²⁾.

Allerdings versuchten Rechtsprechung und Teile der Literatur, die sich durch den Wortlaut des § 1 GWB ergebenden Lücken und Widersprüche mit einer teleologischen, funktionalen Interpretation zu schließen bzw. aufzuklären. Wie im Rahmen des gemeinsamen Zwecks erörtert, wurden dabei die Grenzen dieser Auslegungstechnik weit überspannt. Vielmehr stellen die bei diesem Tatbestandsmerkmal vollzogenen Argumentationen ein Musterbeispiel typologischer Einordnung dar, wobei das fehlende Bewußtsein, typologisch zu argumentieren, zu einer nicht mehr nachvollziehbaren Subsumtion unter Verwendung von Scheinbegründungen führt ³⁾. Wenn Wettbewerbsklauseln in Produktions- Gebiets- oder Kundenabsprachen bzw. Unternehmensverkäufen anhand objektiver, den Gesetzeszweck berücksichtigenden Kriterien untersucht werden, hat das mit der Frage nach einer gemeinsamen Interessenrichtung nichts mehr zu tun. Vielmehr geht es darum, in die Urteilsbildung den wettbewerbspolitischen Gehalt des Kartellverbots zu integrieren, um so den Anwendungsbereich nur auf typische Kartellabsprachen zu konzentrieren.

Dieser Versuch vor allem der Judikatur, eine Konkretisierung des

- 1) vgl. nur WuW/E BGH 1707 Taxi-Besitzervereinigung vom 22.4.1980; WuW/E BGH 1385 Heilquelle vom 22.5.1975; WuW/E BGH 1367 Zementverkaufsstell Niedersachsen vom 19.6.1975; WuW/E BGH 1337 Aluminium-Halbzeug vom 29.1.1975; WuW/E OLG (Frankfurt) 2771 Taxi-Funkzentrale Kassel vom 20.9.1982; WuW/E OLG (Hamburg) 2586 EDV-Beratung vom 21.5.1981; WuW/E OLG (Frankfurt) 1877 Zementmischer vom 30.6.1977
- 2) vgl. auch Pfeiffer (Die Bedeutung der Rechtsprechung des BGH, S. 27), der die Bedeutung der Entscheidung für den Einzelfall betont und vor einer Verallgemeinerung der Ausführungen über diesen Rahmen hinaus warnt
- 3) vgl. dazu grundsätzlich Larenz, a.a.O., S.203; Leenen. a.a.O., S. 65ff

durch § 1 GWB ausgedrückten Rechtsgedankens jeweils anhand des zu beurteilenden Sachverhalts zu erreichen, erscheint allerdings nur mit der Denkform des 'Typus' und einer daraus folgenden, typologischen Argumentation nachvollziehbar zu sein. Läßt sich ein Kartell nicht als Sachverhalt durch die Angabe unverzichtbarer Merkmale abschließend definieren, so bietet sich an, § 1 GWB weniger als Definition, sondern als Umschreibung des Kartelltatbestandes zu sehen. Daraus ergeben sich die weiteren Folgerungen, die schon eingangs kurz zusammengestellt wurden:

Ausschlaggebend für eine Zuordnung des Sachverhalts als Kartell kann nicht allein sein, ob dieser alle in § 1 GWB normierten Tatbestandsmerkmale enthält, sondern entscheidend ist vielmehr die Feststellung, daß der zu beurteilende Tatbestand so viele typisierende Elemente aufweist, um dem Erscheinungsbild des Kartells zu entsprechen. Daraus ergibt sich, daß den in § 1 GWB aufgeführten Merkmalen nur die Funktion von Kennzeichen bzw. Indizien zukommt ¹⁾, die den Rechtsanwender auf charakteristische Züge des von § 1 GWB zu erfassenden Sachverhalts hinweisen sollen.

Diese Orientierung hin zu einem charakterisierenden Gesamtbild erfordert natürlich eine genaue Fixierung derjenigen Momente, die zu einer Festlegung bzw. Umgrenzung des 'Typus' führen. Dabei ist zunächst neben den in § 1 GWB aufgeführten Merkmalen vor allem an empirische Aspekte zu denken die es ermöglichen, das Erscheinungsbild des Kartells möglichst wirklichkeitsgetreu eben auf Grund von Erfahrungswerten darzustellen.

Derartige, zweifellos den Gesetzgeber bei der Normsetzung mit beeinflussenden Gesichtspunkte berücksichtigen allerdings nicht den rechtlichen Wertungsgehalt, der durch den Gesetzeszweck und den dadurch verkörpertten Rechtsgedanken bestimmt wird ²⁾. Indem der Gesetzgeber den von ihm geregelten Typus in

1) vgl. Larenz, a.a.O., S. 200

2) vgl. Leenen, a.a.O., S. 42ff

bestimmter Weise in einen Normenkomplex einbettet und vor allem eine Rechtsfolge mit ihm verknüpft, trifft er konstitutiv eine Wertung, der eine Schlüsselstellung bei der Zuordnung eines Sachverhalts als Kartell zukommen muß ¹⁾, da nur so eine an der ratio legis angelehnte Beurteilung erfolgen kann ²⁾.

Typologisches Denken erfordert und ermöglicht demnach, die normativen Wertungen als entscheidendes Moment in die Zuordnung einzubeziehen, um so im Ergebnis darüber zu entscheiden, ob die vorliegende, charakterisierenden Merkmale ausreichen, um dem Gesamtbild des Kartells zu entsprechen. Dieses wertorientierte Verfahren ³⁾ führt mit der Suche nach typologischen Zügen, die im Einzelfall unterschiedlich ausgebildet sein können ⁴⁾, zu einer äußerst variablen und beweglichen Handhabung des § 1 GWB, die es andererseits gerade im Rahmen des Kartellverbots wieder ermöglichen könnte, eine deutlichere Erfassung wettbewerbsbeschränkender Sachverhalte durch die Hervorhebung der kartellcharakterisierenden Merkmale zu erreichen .

Eine derartige Ausrichtung des § 1 GWB auf die darin geregelten, konstitutiven Wertaspekt scheint auch in besonderer Weise

- 1) vgl. zum Ansatz an die Rechtsfolgen speziell im Rahmen des Kartellverbots auch Rittner, a.a.O., S. 17
- 2) allerdings wird auch diese normative Wertung im Laufe der Gesetzesgeschichte einer Wndlung unterworfen sein, die sich u.a. aus der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse und der daraus folgenden Erfahrungswerte ableiten kann (vgl. Leenen, a.a.O., S. 179) Im Rahmen des Kartellverbots sei hier beispielhaft auf die veränderten Wettbewerbskonzepte und die sich daraus abgeleiteten Konsequenzen im Rahmen der Spürbarkeitsfrage hingewiesen
- 3) so Larenz, a.a.O., S. 202
- 4) vgl. Leenen, a.a.O., S. 34, der von einem "elastischen Merkmalsgefüge" spricht

den Anforderungen gerecht zu werden, die an diese Norm als wirtschaftsbezogenes Gesetz zu stellen sind.

Vor allem Steindorff ¹⁾ hat unter dem Eindruck der Teerfarben-Entscheidung erstmalig gefordert, die Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab anzuerkennen. Zwar kann diesem Autor insofern nicht gefolgt werden, als er eine gesonderte, die Politik des Gesetzes berücksichtigende Interpretation des Kartellverbots anstrebt, da eine solche Politik m. E. deckungsgleich mit den wirtschaftspolitischen Zielsetzungen ist, die aus der Funktion der in Frage stehenden Norm abgeleitet werden können ²⁾. Der für diese Untersuchung wesentliche Verdienst findet sich aber in der Aussage, daß sich eine wettbewerbspolitisch befriedigende Anwendung des § 1 GWB an den mit dieser Vorschrift zu erreichenden Zielen ³⁾ orientieren muß.

Ausgangspunkt für die Überlegungen von Steindorff ist die spezielle Aufgabenstellung, die das GWB als Teilbereich des Wirtschaftsrechts auszeichnet und die ganz allgemein mit der Sicherung des Wettbewerbs umschrieben werden kann. Um diese Verpflichtung erfüllen zu können, kommt den kartellrechtlichen Normen nicht nur die Rolle zu, konfliktlösend einen Lebensbereich zu ordnen, sondern auch unter Beachtung der gesetzgeberischen Zielsetzungen die tatsächlichen Verhältnisse lenkend zu beeinflussen ⁴⁾.

Während beispielsweise dem zivilrechtlichen Dogmengebäude die Funktion zugewiesen ist, den privatautonomen Rahmen langfristig festzulegen, in dessen Grenzen rechtliches Handeln ermöglicht werden soll, setzen wirtschaftsrechtliche Bestimmungen an aufgetretenen Mißständen an mit dem Versuch, diese Verhältnisse positiv zu verändern. Ist demnach die Gestaltung vorliegender Lebenssach-

1) Steindorff, Die Politik als Auslegungsmaßstab, S. 217ff

2) vgl. auch Larenz, a.a.O., S. 321f; nicht überzeugend ist demnach auch die Kritik von Steindorff an der von Rittner vermittelten Auffassung (in Fußnote 47 a.a.O., S. 231)

3) die allerdings aus dem Rechtsgedanken der Norm her zu definieren ist

4) vgl. Rittner, WirtschaftsR, §.5 AII, 1,2, mit der Unterscheidung zwischen dem "klassischen Gesetzesbegriff" und den "wirtschaftlichen Maßnahmegesetzen"

verhalte eine das Wirtschaftsrecht kennzeichnende Zielvorgabe, so folgert Steindorff ¹⁾, "daß es von dieser Aufgabe her allein zweckgerecht (sei), die tatsächliche Erreichung des Gestaltungszwecks zum dominierenden Gesichtspunkt der Auslegung zu machen."

Die weiteren Konsequenzen, die sich aus diesem spezifisch rechtspolitischen Ansatz ergeben, stimmen mit den aus der typologischen Denkweise abgeleiteten Forderungen nahezu überein:

Auch für Steindorff übernehmen die Tatbestandsmerkmale nur die Funktion des Dienens und haben dort zurückzutreten, wo sie dem Gestaltungszweck der Norm im Wege stehen würden ²⁾. Demgemäß sollte nach dieser Auffassung das Bemühen ebenfalls nicht darauf gerichtet sein, die Ausprägung der einzelnen Merkmale als Ausdruck der Gesetzgebungspolitik anzusehen, sondern versucht werden, die gesetzlichen Tatbestände, die auf Grund der rechtspolitischen Zielsetzungen offengehalten werden müssen, ihrem Inhalt nach auf die Politik des Gesetzes auszurichten ³⁾.

Zeigt sich demnach, daß der hier entwickelte Ansatz auch den rechtspolitischen Anforderungen entgegenkommt, die mit § 1 GWB zu verfolgen sind, so bleibt der Frage nachzugehen, welche Funktion dieser Vorschrift zukommt um die letztlich entscheidende Wertung des anstehenden Sachverhalts zu ermöglichen.

1) Steindorff, a.a.O., S. 235

2) a.a.O., S. 235

3) a.a.O., S. 235, 237

3. Die Funktion des § 1 GWB

Die Frage nach der Aufgabe des GWB wird allgemein mit der Kontroverse verbunden, ob der Schutz des Wettbewerbs (Institutionsschutz) oder die Gewährleistung von Handlungsfreiheiten einzelner (Individualschutz) vorrangig zu beachten sei. Diese Diskussion entwickelte sich parallel zu den verschiedenen Definitionsversuchen des Wettbewerbsbegriffes, die sich aus der unterschiedlichen Hervorhebung wirtschaftspolitischer bzw. gesellschaftspolitischer Zielsetzungen ergaben ¹⁾. Mittlerweile hat sich allerdings die Auffassung durchgesetzt, daß beide Zielsetzungen nicht zu trennen sind, sondern sich gegenseitig bedingen. Die Entfaltungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer läßt bekanntlich erst einen Wettbewerb entstehen, der wiederum als Institution diese Handlungsmöglichkeiten offenhält. Es ist deshalb allgemein anerkannt, daß das GWB sowohl den Individual- als auch den Institutionsschutz zu beachten hat ²⁾.

Indessen wird mit dieser Feststellung die Lösung der hier aufgeworfenen Frage noch nicht vorangetrieben, denn die allgemeine Schutzgutbestimmung des GWB kann nicht aufzeigen, welche Zielrichtung speziell mit den verschiedenen Tatbeständen dieses Gesetzes verfolgt werden sollen ³⁾. Richtigerweise muß sich demnach die Ausarbeitung der Aufgabenstellung an der jeweils zu behandelnden Norm und ihrer systematischen Stellung innerhalb des GWB ausrichten ⁴⁾. Unter diesem engeren, auf § 1 GWB bezogenen Blickwinkel bleibt im Ergebnis festzustellen, daß es die gesellschaftspolitischen Funktionen sind, die im Rahmen des Kartellverbots in erster Linie zu beachten sind. ⁵⁾ Die ökonomischen, wirtschaftspolitischen und wohlfahrtsorientierten Momente des Wett-

1) vgl. ausführlicher S. 110 ff

2) vgl. zu diesem Diskussionsstand ausführlich Immenga in I/M §1 Rdnr. 10ff; Rittner, WirtschaftsR § 16 BI 4; Säcker BB67, 681ff; K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht S. 62ff jeweils m.w.N.

3) vgl. auch Immenga in Immenga/Mestmäcker §1 Rdnr. 11, die Schutzgutdiskussion ist demnach nur für 935 GWB v. Bedeutung

4) vgl. Rittner, WirtschaftsR § 16 BI 4

5) vgl. Müller-Henneberg im GK §1 Rdnr. 45; Baur, a.a.O., S. 135 m.w.N.; Säcker, a.a.O., S. 684

bewerbs treten folglich hinter dieser Zielsetzung zurück. Dafür sprechen sowohl die grundlegende Aufgabenstellung dieser Norm im Rahmen der durch die Individualfreiheit garantierten Privatrechtsordnung, als auch die gesetzestechnische Wechselbeziehung zwischen § 1 GWB und den Freistellungsmöglichkeiten der §§ 2-8 GWB:

Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ist ein Regulationssystem, welches im besonderen Maße den mit dem Begriff der Privatautonomie umschriebenen Freiheitsbereich garantieren soll. Eingebunden in eine Rechtsordnung, die die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen verfassungsrechtlich gewährleistet, kommt dem GWB die schwierige Aufgabe zu, einerseits wettbewerbliche Mißstände zu beseitigen, zum anderen aber die Privatautonomie nicht unnötig zu beschneiden ¹⁾. Die Vertragsfreiheit aufrechtzuerhalten ist demnach vornehmstes Ziel des § 1 GWB, sodaß dem zu schützenden Wettbewerb die Aufgabe zufällt, das freie Spiel zwischen Angebot und Nachfrage durch Verhinderung von Machtstrukturen zu ermöglichen. Folglich verbietet es sich, im Rahmen des Kartellverbots eine Wettbewerbsordnung anzustreben, die sich nach der gerade herrschenden, volkswirtschaftlichen Lehre ausrichtet und auf Grund ökonomischer Zielsetzungen versucht, strukturelle Veränderungen des Marktgefüges unter Außerachtlassung der aufgezeigten Verpflichtungen zu erzielen ²⁾.

Die Einfügung des § 5b GWB und überhaupt sie §§ 2ff GWB zeigen, daß auch der Gesetzgeber gesamtwirtschaftliche Aspekte nur in den dort genauer geregelten Tatbeständen Beachtung schenkt. Ein Kartellvertrag kann demgemäß zugelassen werden, wenn er unter diesen Freistellungskatalog fällt, wobei dann allerdings die gesetzlich vorgesehene Aufsicht der Kartellbehörden eingreift. Diese Systematik einer Berücksichtigung der wirtschafts-

1) vgl. Rittner, WirtschaftsR § 16 AI 1

2) vgl. Säcker a.a.O., S. 684

politischen 'rule of reason' nur durch die §§ 2ff GWB und die damit gekoppelte, behördliche Kontrollmöglichkeit würden empfindlich gestört werden, wenn schon im Rahmen der Erfassungsnorm des § 1 GWB ökonomische Zielsetzungen verfolgt würden ¹⁾. Demgemäß ist eine Einbeziehung der durch den Freistellungskatalog abschließend behandelten, wirtschaftspolitischen Erwägungen im Rahmen des Kartellverbots nicht möglich.

Sind demnach die gesellschaftspolitischen Zielsetzungen in erster Linie zu beachten und blendet man zusätzlich die Rechtsfolgen des Kartellverbots ein, so wird deutlich, worin der spezifische Wertaspekt liegt, der von dieser Norm ausgeht und der für die typologische Einordnung entscheidend ist. § 1 GWB soll der Verhinderung wirtschaftspolitischer Kollektivmacht dienen, die auf einer rechtsgeschäftlichen Absprache beruht ²⁾. Demgemäß erfaßt und belegt das Kartellverbot diejenigen Verträge durch die Unwirksamkeitsfolge mit einer negativen Bewertung, die der Regelung des Wettbewerbs dienen ³⁾. Die Einflußnahme von Marktteilnehmern auf die Marktverhältnisse durch dieses Regeln unterschiedlicher Wettbewerbsfaktoren, welches ihnen auf Grund der Privatautonomie prinzipiell ermöglicht wird, zeichnet eine Kartellabsprache aus. Der Gesetzgeber selbst hat durch die §§ 2ff GWB wichtige, typisch wettbewerbsbeschränkende Abreden gesondert behandelt und so zu einer Konkretisierung des Kartelltatbestandes beigetragen ⁴⁾. Für alle dort näher definierten Vertragsgestaltungen ist charakteristisch die Vereinheitlichung oder Festlegung der unterschiedlichsten Marktfaktoren, mit denen eine wettbewerbliche Regelung erzielt werden soll. Zwar handelt es sich bei diesen Vereinbarungen ausnahmslos um klassische, dem gesetzgeberischen 'Idealtyp' entsprechende

1) vgl. Baur, a.a.O., S. 134ff

2) vgl. Baur, a.a.O., S. 135

3) so auch Rittner, a.a.O., S. 17f

4) vgl. Baur, a.a.O., S. 137; Rittner, a.a.O., S. 22; a.A. K. Schmidt, Kartellverbot S. 93ff

Kartellabsprachen und können so für die umstrittenen Sachverhaltskonstellationen wenig beitragen. Sie zeigen aber nochmals in aller Deutlichkeit den hier herausgearbeiteten, normativen Kern des Kartellverbots auf. Eine typologische Einordnung muß sich deshalb bemühen, den jeweiligen Sachverhalt unter Beachtung dieser Wertung zu analysieren. Dabei weisen die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB auf charakteristische Züge hin; feste Grenzen des kartellrechtlichen Anwendungsbereiches bilden sie allerdings nicht, vielmehr sollen sie anschaulicher als bisher das wettbewerbsregelnde Moment der zu beurteilenden Vertragsgestaltung aufzeigen.

Wird dieser gesetzgeberische Wertaspekt in den Mittelpunkt der Beurteilung gestellt, so wird auch verständlich, warum Wettbewerbsklauseln in Verträgen, die als Hauptzweck eine andere, wettbewerbsneutrale Regelung verfolgen, nicht unter § 1 GWB fallen. Hängt nämlich die kartellrechtliche Vereinbarkeit einer solchen Absprache im Ergebnis von einer normorientierten Wertung ab, so ergibt sich die daraus folgende Unbeachtlichkeit aus einer mangelnden wettbewerbsbezogenen Regelungsfunktion dieser Vereinbarungen¹⁾. Die dergestalteten Sachverhalte entsprechen demnach nicht der gesetzgeberischen Zielsetzung und der Typik, die durch § 1 GWB beschrieben wird. Die Nichtanwendbarkeit des Kartellverbots hat infolgedessen nichts mit der Freistellung von einer an sich gegebenen Tatbestandsmäßigkeit zu tun, einen solchen, festgelegten Tatbestand stellt § 1 GWB gar nicht auf, noch ist es eine Frage einzelner Tatbestandsmerkmale. Vielmehr ist zu untersuchen, ob sich das Verbot aus dem weiteren Zusammenhang des Vertrages ergibt, oder sich durch eine darüber hinausgehende, den Kern des § 1 GWB treffende Regelungsfunktion auszeichnet, um so das Unwerturteil einer kartelltypischen Vertragsgestaltung treffen zu können. Diese im Einzelfall schwierige zu treffende Abgrenzung

1) vgl. Rittner, WirtschaftsR § 18 BII 2 a

hat sich danach auszurichten, ob die Wettbewerbsklausel nach objektiven Kriterien sachlich erforderlich war, den weiteren Leistungsaustausch zu ermöglichen und wird sich demnach nach denselben Gesichtspunkten vollziehen, die die Rechtsprechung bei dem Nachweis der gemeinsamen Zweckrichtung anlegt ¹⁾ und die in der Literatur im Zusammenhang mit der Immanenztheorie ²⁾ Beachtung finden.

Eine solche Abwägung wird auch den gesellschaftspolitischen Zielsetzungen gerecht, nach denen sich das Kartellverbot ausrichtet. Hat § 1 GWB in besonderer Weise darauf zu achten, daß privatautonomes Verhalten der Marktbeteiligten ermöglicht wird, so folgt daraus, daß das Kartellverbot nicht diejenigen Vertragsgestaltungen verbieten kann, die von der Rechtsordnung im Rahmen der Privatautonomie gebilligt werden.³⁾ Diese mehr gesellschaftspolitische Beachtung einer 'rule of reason' verstößt auch nicht gegen die systematische Eingliederung des Kartellverbots innerhalb des GWB, da die §§ 2ff GWB durch ihre Freistellungen nur ökonomische Zwecke verfolgen und demnach die Hinzuziehung anderer Bewertungsgesichtspunkte nicht ausschließen können ⁴⁾.

4. Ein Beispiel typologischer Einordnung

Es wurde festgestellt, daß eine typologische Einordnung sich dadurch auszeichnet, daß die verschiedenen Merkmale, die das Erscheinungsbild des Kartells umschreiben, in den konkreten Sachverhaltskonstellationen schwächer ausgeprägt sein können bzw. sogar fehlen können. In anderen Fällen bilden sie den entscheidenden Faktor für die kartellrechtliche Zuordnung, woraus sich im Ergebnis die Flexibilität des 'Typus' herleitet.

1) vgl. ausführlich S. 70 ff

2) vgl. nur Immenga in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 370 ff m.w.N.; K. Schmidt, Kartellverbot, S. 79 ff

3) K. Schmidt, Kartellverbot S. 82ff

4) vgl. Säcker a.a.O., S. 685

Jedoch wird sich eine Einordnung des in Frage stehenden Sachverhalts immer in einem rechtlichen Bereich vollziehen, der einerseits an dem gesetzgeberischen 'Idealbild' eines Kartells endet um seine Grenzen zum anderen dort zu finden, wo die verschiedenen, charakterisierenden Merkmale in so geringer Anzahl vorhanden sind, daß diese Vertragsgestaltung nur als atypisch und damit nicht mehr unter die Norm fallend zu beurteilen ist. Zwischen diesen beiden Polen bilden sich eine Vielzahl von Erscheinungsformen aus, die sich teilweise durch Nuancen unterscheiden und sich mehr dem einen oder anderen Extrempunkt nähern.

Eine der wesentlichsten Vorteile aber auch Aufgabe typologischen Verständnisses liegt nun darin, diese abgestuften, teils ineinander übergehenden Sachverhalte ordnend zu erfassen, in dem sie in eine Typenreihe eingestellt werden. Leitender Gedanke ist dabei, daß es durch die Aneinanderreihung ähnlicher aber nicht deckungsgleicher Typen ermöglicht wird, die unterschiedlichen Ausprägungsgrade zu erfassen, um so die kennzeichnenden, wesenstypischen Züge deutlicher sichtbar machen zu können ¹⁾. Eine derartige Typenreihe kann zwar nicht im Einzelfall neue Erscheinungsformen mit einer der Subsumtion typischen Stringenz einordnen, sondern kann nur als Entscheidungshilfe dienen, die den durch die bisherige Rechtsanwendung erreichten Erkenntnisstand offenlegt. Hier wird im besonderen Maße deutlich, daß wertorientiertes Denken vor allem auch eine Methode der (richterlichen) Rechtsfortbildung darstellt, in dem die Erfahrung, die durch die bisherige Beurteilung von Vergleichsfällen gewonnen wurde, zur weiteren Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabes beiträgt ²⁾.

Im folgenden soll versucht werden, eine Typenreihe beispielhaft aufzustellen, die sich mit dem Merkmal des gemeinsamen Zwecks bzw. der Frage nach der Gegenstands- bzw. Folgetheorie befaßt. Nimmt man zunächst eine grobe Aufrasterung dieser beiden

1) vgl. Leenen a.a.O., S. 137f

2) vgl. Kaufmann, a.a.O., S. 37ff; Larenz, a.a.O., S. 203f; sowie Baur (JZ78, 590), der mit der Forderung nach einem "generalisierenden, typisierenden Wahrscheinlichkeitsurteil" dem hier propagierten Verständnis sehr nahe kommt

Bewertungsfaktoren vor, so kann diese folgendermaßen dargestellt werden:

Die Wettbewerbsbeschränkung

als	ist Inhalt eines
- Gegenstand der Abrede und vertraglich gebunden	- Gesellschaftsvertrages - partiarischen Vertrages
- Zweck der Vereinbarung, der mit mehr oder weniger starken, vertraglichen Neben- pflichten oder außervertrag- lichem Druck durchgesetzt wird	- synallagmatischen Verein- barung, die die Wettbewerbs- beschränkung als Hauptzweck beinhaltet
- Folge des Vertrages	- synallagmatischen Abrede, die eine wettbewerbsbeschrän- kende Nebenfolge im Sinne einer immer vorhandenen Interessenharmonie umfaßt

Beide Reihen verlieren von 'oben' nach 'unten' einen kartell-
charakterisierenden Zug, sodaß der synallagmatische Vertrag,
der als Folge eine, den Interessen der Parteien entsprechende,
vorhersehbare Wettbewerbsbeschränkung auslöst, den Endpunkt
bildet, bei dem die typisierenden Merkmale am meisten verblaßt
sind. Bezeichnenderweise lag eine solche Sachverhaltskonstellation
in der bisherigen Rechtsprechungspraxis noch nicht zur Entschei-
dung vor, deutet aber eine mögliche Interdependenz beider
Reihen an, der hier nicht weiter nachgegangen werden soll, die
aber erwähnenswert ist:

Bewegt sich eine dieser Typenreihen auf den untypischen Pol zu,
so scheint sich das andere Merkmal ausgleichend auf den Gegen-
pol auszurichten, sodaß ein charakterisierendes Element immer
vorhanden ist. So zeichneten sich alle bisher nach der Folge-
theorie zu beurteilenden Absprachen durch ein gesellschaftliches

Element aus, während umgekehrt bei synallagmatischen Vereinbarungen mit gleichgerichteter Interessenlage die Wettbewerbsbeschränkung Vertragsinhalt gewesen ist.

Andererseits zeigt dieses Beispiel und vor allem die hier analysierte Rechtsprechung auch auf, daß zur Erreichung der wettbewerbspolitischen Ziele des § 1 GWB im Einzelfall die jeweiligen Merkmale bis an die unterste Grenze vorgeschoben werden müssen, sodaß die funktionale Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale immer zu einer völligen Auflösung dieser Abgrenzungskriterien führt. Dadurch wird im Ergebnis eine Funktionslosigkeit dieser Merkmale insofern erreicht, als verdichtende Faktoren, die den zu beurteilenden Sachverhalt als kartelltypisch ausweisen, nicht mehr verwertet werden können.

So hat die Kritik an den Überlegungen von Emmerich ¹⁾ aufgezeigt, daß es bei der Anwendung der Folgetheorie nicht möglich ist, vertragsimmanente Momente oder den Zweck, der mit der Vereinbarung erreicht werden sollte, in die Beurteilung einzustellen. Genauso wurde bei der Frage der gemeinsamen Zweckrichtung deutlich ²⁾, daß bei dem Nachweis der gleichgerichteten Interessenlage partiarische oder gesellschaftsrechtliche Elemente der Absprache nicht berücksichtigt werden konnten.

Diesen Nachteilen soll mit der typisierenden Einordnung des gesamten in Frage stehenden Sachverhaltes entgegengewirkt werden. Betrachtet man die Funktion des § 1 GWB darin, Regelungen des Wettbewerbs zwischen Unternehmen zu verhindern, so kann der Nachweis einer derartigen Vereinbarung eher gelingen, wenn möglichst viele charakterisierende Faktoren, also Merkmale, die im oberen Bereich der hier exemplarisch gebildeten Skala liegen, aufgeführt werden.

Wie eine solche, typologische Argumentation vollzogen werden könnte, machte vor allem der BGH in der ZVN-Entscheidung deutlich, auf deren genauere Analyse verwiesen werden soll ³⁾. Bekanntlich hat der Kartellsenat die verschiedenen Verträge

1) vgl. S. 179 ff

2) vgl. S. 78 f

3) vgl. S. 103 ff

zusammenfassend gewürdigt und auch historische Aspekte sowie die Motive der betroffenen Unternehmer in seine Urteilsfindung einfließen lassen. Nach der Feststellung der Folgewirkungen dieses Kartellsurrogats ließ das Gericht weitere Anhaltspunkte folgen, die auf die Kartellrechtswidrigkeit hindeuteten. Der BGH entwickelte eine, im Rahmen dieser Arbeit als 'Stufenfolge' bezeichnete Argumentations- bzw. Verdichtungskette, in der von der Folge- bis zur Gegenstandstheorie sämtliche Anzeichen aufgeführt werden, die das kartelltypische des gesamten Sachverhalts aufzeigten.

Ein ähnlicher Versuch, die wettbewerbsbeschränkende Charakteristik eines Vertrages nachzuzeichnen, findet sich in der Aluminium-Halbzeug-Entscheidung des BGH ¹⁾. Auch hier begnügte sich der Kartellsenat nicht mit den konstatierten wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, sondern bemühte sich, unter Zuhilfenahme des ausgeschlossenen Geheimwettbewerbs, eine vertragliche Regelung nachzuweisen. Zwar wurde im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigt, daß die vom BGH gewählte Konstruktion mit der herkömmlichen Gegenstandstheorie nicht nachvollziehbar ist und eine folgenbezogene Betrachtungsweise nicht ersetzen kann. Jedoch ist die vom Gericht durchgeführte Argumentation durchaus verwertbar, um das kartellspezifische Moment der Regulierung des Wettbewerbs aufzuzeigen. Das Marktinformationsverfahren wirkt nämlich nicht nur wettbewerbsbeschränkend, sondern verdichtend ist zu berücksichtigen, daß über die durch die Meldepflicht ausgelöste Mechanik eine Einwirkung auf den Preis erreicht werden soll. Die beteiligten Unternehmungen erzielen demgemäß die erwünschten Marktwirkungen durch einen außervertraglichen Funktionszusammenhang, den sie aber durch ihre vertraglichen Verpflichtungen einbeziehen und gemeinschaftlich verfolgen, sodaß der gesamte Sachverhalt durch diese Regelung als Kartell einzustufen ist ^{2) 3)}.

1) vgl. S. 127 ff

2) eine weitere Möglichkeit, typologisch zu argumentieren, ergibt sich aus dem Beschluß des BGH vom 22.4.1980 (Taxi-Besitzervereinigung, vgl. S. 134 ff). Auch in diesem Fall ist eine direkte Bindung der Beteiligten nicht erfolgt, die Beeinflussung des hier relevanten Marktes ergibt sich aber auf Grund der außervertraglichen Bindung der Taxiunternehmer, welche sich aus der notwendigen Mitgliedschaft in der Vereinigung ableitet. Das kartellcharakterisierende Element einer (faktisch) durchsetzbaren Regelung des Wettbewerbs ist demnach auch hier gegeben

3) vgl. S. 127 ff. S. 216 führt den Nachweis einer funktionalen

Eine entsprechende Argumentation bietet sich auch bei dem Merkmal der gemeinsamen Zweckrichtung an, welches in besonderer Weise dazu geeignet ist, die wettbewerbliche Interessenlage darzustellen, die die Wettbewerber durch ihre Vereinbarung verfolgen. Der gemeinsame Zweck soll hier nicht zur Ermittlung der Struktur des Vertrages als Gesellschafts- oder Austauschvertrag dienen, sondern ermöglichen, die besondere Motivation aufzuzeigen, die sich durch die Förderung und Verfolgung eines gemeinsamen Ziels in Form des Zusammenwirkens aller auszeichnet¹⁾. Diese dem synallagmatischen Vertrag fremde Zusammenfassung von Leistungen zur Erreichung des gemeinschaftlich beabsichtigten Zwecks, hier einer Marktregelung, ist zweifellos als charakteristisches Indiz für eine kartelltypische Vereinbarung zu werten.

Auch die in einem partiarischen Vertrag eingekleidete Wettbewerbsregelung deutet auf ein kartellkennzeichnendes Element hin. Zwar fehlt es an der, dem Gesellschaftsvertrag typischen Leistungsvereinigung der Parteien. Aber auch hier bleibt durch die, diesem Vertragstyp speziell auszeichnende Gewinnabhängigkeit eine Pflichtenstellung erhalten, die die Förderung des gemeinsamen Interesses, die wettbewerbsbeschränkende Klausel zu verwirklichen, beinhaltet.

Überprüfung des Sachverhalts mit entsprechenden Mitteln durch, indem er den Vertrag nach 'bestimmten qualitativen Elementen' untersucht. Offen bleibt allerdings, ob dieser Nachweis nur anhand der fraglichen Vereinbarung im Sinne einer dadurch möglichen, abstrakten Gefährdung des Wettbewerbs erfolgen soll (darauf deutet die Aussage hin, daß die Absprache dem "Inhalt nach ein wettbewerbsgefährdender Vertrag" sein muß, a.a.O., S. 20, oder ob der gesamte Sachverhalt auch unter Hinzuziehung der wettbewerbslichen Auswirkungen umfassend beurteilt werden soll. Diese letztere, hier vertretene Betrachtungsweise, läßt sich mit der Frage der wettbewerbsbeschränkenden 'Eignung' des Vertrages kaum vereinbaren, auffällig ist jedoch, daß die von Ritter gebildeten Beispielsfälle ihre Beurteilung als Kartellvertrag hauptsächlich aus den zu Grunde liegenden Marktverhältnissen und den sich daraus ergebenden Konsequenzen ableiten, a.a.O., S. 22

1) vgl. Larenz SchuldR BT, 60 Ia; Aus dieser Funktion ergibt sich auch, daß der gemeinsame Zweck auf die Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet sein muß und eine so geartete Interessenharmonie bezüglich eines weiteren, wettbewerbsneutralen Ziels unbeachtlich ist (vgl. auch Müller-Henneberg im GK § 1 Rdnr. 34 m. w.N.

Den Abschluß auf der letzten Stufe der hier gebildeten Skala bildet der synallagmatische Vertrag, bei dem kartellcharakterisierende Elemente am undeutlichsten ausgeprägt sind. Bei diesen Vereinbarungen fällt auch die von den Parteien verstärkt geförderte Zielsetzung aus, sodaß sich die kartellrechtliche Sanktionierung nur noch daraus ergibt, daß die Beteiligten unter Einsatz ihrer marktbezogenen Handlungsfreiheit eine Wettbewerbsposition abgeben bzw. austauschen ¹⁾.

Aufgabe einer typologischen Einordnung wird es sein, die hier in einer abgestuften Reihe skizzierten Charakteristika jeweils im Einzelfall zu verdichten, um so die Kartelltypik des anstehenden Sachverhalts aufzuzeigen und so dazu beizutragen, daß wettbewerbsregelnde Moment der fraglichen Vereinbarung deutlicher hervorzuheben.

1) vgl. S. 60

III. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Rechtsanwendung hat auf Grund der wettwerbspolitischen Zielsetzungen des § 1 GWB zu einer maximalen Ausweitung des kartellrechtlichen Sanktionsbereiches geführt
2. Unter Anwendung herkömmlicher Interpretationsgrundsätze wurden die einzelnen Tatbestandsmerkmale deshalb bis zur völligen Auflösung ausgelegt und mit Abgrenzungsfunktionen belastet, die auch mit einer funktionalen Auslegung im Rahmen dieser Merkmale nicht zu erfassen waren.
3. Ziel einer Neuorientierung des kartellrechtlichen Verständnisses muß sein, den durch das Kartellverbot ausgedrückten Wertaspekt in den Vordergrund zu stellen, da nur so eine wettbewerbspolitisch befriedigende Anwendung des § 1 GWB erreicht werden kann. Unter Betonung der für § 1 GWB einzig relevanten, gesellschaftspolitischen Funktionen ergibt sich, daß durch das Kartellverbot Regelungen sanktioniert werden sollen, die die Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse zum Ziel haben.
4. § 1 GWB legt keinen kartellrechtlichen Tatbestand fest, sondern umschreibt einen Typus. Entsprechend sind die aufgeführten Merkmale nicht als Tatbestandsmerkmale im herkömmlichen Sinne aufzufassen, da ihnen keine festgefügte Abgrenzungsfunktion zukommt, sondern als charakterisierende, typisierende Verdichtungsfaktoren.
5. Aufgabe einer funktionalen Auslegung muß deshalb sein, nicht Tatbestandsmerkmale, sondern Kartelltatbestände zu definieren, indem unter Voranstellung der normativen Aufgabenstellung jeweils im Einzelfall kartelltypische Momente hervorgehoben werden, um so eine Wertung des gesamten Sachverhalts als Kartell zu ermöglichen.
6. Wettbewerbsklauseln in Verträgen, die als Hauptzweck eine marktneutrale Regelung verfolgen, unterfallen deshalb nicht dem Kartellverbot, weil sie typischerweise eben nicht der Regelung

des Wettbewerbs dienen. Die gesellschaftspolitischen Zielsetzungen des § 1 GWB erfordern, daß Vereinbarungen, die von der Rechtsordnung gebilligt werden, nicht durch das Kartellverbot sanktioniert werden dürfen. Demgemäß unterfallen wettbewerbsbeschränkende Nebenpflichten dann nicht dem kartellrechtlichen Sanktionsbereich, wenn sie objektiv zur Ermöglichung des weiteren Leistungsaustausches erforderlich sind.

Lebenslauf

Reinhard Gaertner

Geburtsdatum	17. Mai 1954
Geburtsort	Trier
Familienstand	ledig
Beruf des Vaters	Werbefachmann
Schulausbildung	1961 - 1965 Zuckerberg- Volksschule Trier 1965 - 1973 Hindenburg- Gymnasium Trier
Abitur	21. Mai 1973
Wehrdienst	Juli 1973 - September 1974 Fernmeldekaserne Daun
Studium	Oktober 1974 - März 1980 Joh. Gutenberg-Universität in Mainz
1. Staatsexamen	5. März 1980
Referendarzeit	Juli 1980 - März 1983 im OLG-Bezirk Koblenz
2. Staatsexamen	29. März 1983
Beginn der Promotion	Mai 1980

